

3 1761 11713976 6



Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117139766>

/ 224 32



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

SENATE OF CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

Legal and Constitutional Affairs

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Thursday, April 21, 1983

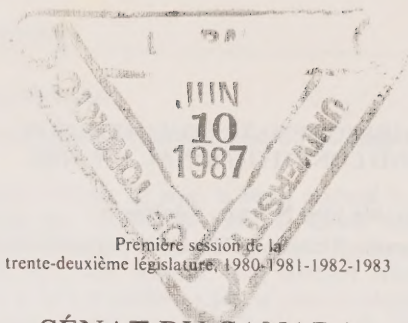
Issue No. 52

Fourth proceedings on:

Bill S-33, "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada"

WITNESSES:

(See back cover)



Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SÉNAT DU CANADA

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Affaires juridiques et constitutionnelles

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Le jeudi 21 avril 1983

Fascicule n° 52

Quatrième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet pour le Canada à la loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit»

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

THURSDAY, APRIL 21, 1983
(75)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 9:45 a.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Buckwold, Deschatelets, Donahoe, Flynn, Frith, Godfrey, Haidasz, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Robichaud and Tremblay. (15)

In attendance: Mrs. Monique Hébert, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

*Witnesses:**From the Department of Justice:*

Mr. E. A. Tollefson, Coordinator, (Criminal law Review);
Mr. E. G. Ewaschuk, General Counsel, (Criminal Law);
Mr. G. Bertrand, Chief Legislative Counsel.

The Committee considered Bill S-33 intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada."

Mr. Tollefson made a statement.

Ordered.—That the letter dated April 20, 1983 sent to Mr. Yves Fortier, President of the Canadian Bar Association (1983), and the letter dated January 19, 1982 sent to Mr. Paul Fraser, President of the Canadian Bar Association (1982), both sent by Mr. Roger Tassé, Deputy Minister of Justice, be filed as Exhibits of the Committee.

The witnesses made statements and answered questions.

At 11:04 a.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Paul Belisle

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE JEUDI 21 AVRIL 1983
(75)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 9 h 35, sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Buckwold, Deschatelets, Donahoe, Flynn, Frith, Godfrey, Haidasz, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Robichaud et Tremblay. (15)

Aussi présente: M^{me} Monique Hébert, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

*Témoins:**Du ministère de la Justice:*

M. E. A. Tollefson, coordonnateur (révision du droit pénal);
M. E. G. Ewaschuk, avocat général (droit pénal);
M. G. Bertrand, premier conseiller législatif.

Le Comité étudie le projet de loi S-33 intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

M. Tollefson fait une déclaration.

Il est ordonné.—Que la lettre datée du 20 avril 1983, adressée à M. Yves Fortier, président de l'Association du barreau canadien (1983), ainsi que la lettre datée du 19 janvier 1982, adressée à M. Paul Fraser, président de l'Association du barreau canadien (1982), toutes deux envoyées par M. Roger Tassé, sous-ministre de la Justice, soient classées comme documents du Comité.

Les témoins font des déclarations et répondent aux questions.

A 11 h 04, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Thursday, April 21, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 9.30 a.m. to consider Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada.

Senator Joan Neiman (Chairman) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, we are pleased to have with us again this morning Mr. E. A. Tollefson, Coordinator (Criminal Law Review), Department of Justice. Mr. Tollefson is accompanied by Mr. E. G. Ewaschuk, Gen Counsel (Criminal Law) and Mr. G. Bertrand, Chief Legislative Counsel. These gentlemen appeared before the committee on another occasion and they were interested listeners at the March 24 meeting when representatives from the Canadian Bar Association appeared.

As you will recall, a number of criticisms were levelled as to substance, procedure and detail from various members of the Canadian Bar Association. As a result of that, we have invited these gentlemen to appear before the committee again. They should like to speak to some of the comments that were made to clarify some of the misconceptions that may have arisen as a result of certain views expressed then.

Senator Flynn: Misconceptions by whom?

The Chairman: Perhaps by us, or perhaps by the Canadian Bar Association. We will wait to hear the clarification.

Senator Flynn: Not by the Department of Justice?

The Chairman: I do not think so. We are not prepared to grant that at the moment. In any event, do you have any opening comments you would like to make, Mr. Tollefson?

Mr. E. A. Tollefson, Coordinator (Criminal Law Review), Department of Justice: Madam Chairman, honourable senators, the Department of Justice is pleased to have this opportunity to respond to the submissions made by the Canadian Bar Association to this committee on March 24. By virtue of the status and prestige of the association, obviously its submission demands careful consideration, but in the final analysis any submission, of course, must be judged on its own merit and not on the reputation of its proponent.

It is our view that the submission contains a number of errors which we propose to draw to your attention this morning in an attempt to clarify the meaning of the bill in a number of particulars. If it meets with your approval, Madam Chairman, we propose to divide our treatment of the submission in the same manner as the submission itself was divided; that is to say, there was an introductory statement made by Mr. McKercher in which he spoke of the background of Bill S-33 and the involvement, or as they put it, the lack of involvement, of the Bar. I propose to speak to that matter myself.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le jeudi 21 avril 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 9 h 30 pour étudier le projet de loi S-33, donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.

Le sénateur Joan Neiman (présidente) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, nous avons le plaisir d'avoir de nouveau avec nous ce matin M. E. A. Tollefson, coordonnateur (Révision du droit pénal) du ministère de la Justice. Il est accompagné de M. E. G. Ewaschuk, avocat général (Droit pénal) et de M. G. Bertrand, premier conseiller législatif. Ces messieurs ont déjà comparu devant le Comité et ils ont écouté avec intérêt les représentants de l'Association du barreau canadien qui ont comparu le 24 mars dernier.

Vous vous souviendrez sans doute qu'un certain nombre de critiques ont été formulées quant au contenu du projet de loi et à la procédure établie par divers membres de l'Association du barreau canadien. Nous les avons donc invités à comparaître de nouveau devant le Comité. Ils aimeraient revenir sur des observations qui ont été faites afin d'éclaircir les malentendus qu'auraient pu causer certaines vues exprimées à ce moment-là.

Le sénateur Flynn: Des malentendus de la part de qui?

Le président: Peut-être de notre part, ou de l'Association du barreau canadien. Nous allons attendre d'avoir entendu les éclaircissements qu'ils veulent apporter.

Le sénateur Flynn: Non pas du ministère de la Justice?

Le président: Je ne crois pas. Ce n'est pas ce que nous croyons en ce moment. Aimerez-vous faire des observations préliminaires, monsieur Tollefson?

M. E. A. Tollefson, coordonnateur (révision du droit pénal), ministère de la Justice: Madame le Président, honorables sénateurs, le ministère de la Justice est heureux d'avoir l'occasion de répondre aux observations formulées par l'Association du barreau canadien devant le comité le 24 mars dernier. Étant donné le statut et le prestige de l'Association, il convient d'examiner avec soin son mémoire, mais en dernière analyse, il faut bien entendre juger un mémoire selon son mérite et non d'après la réputation de son auteur.

Nous sommes d'avis que le mémoire contient un certain nombre d'erreurs sur lesquelles nous avons l'intention d'attirer votre attention ce matin en vue d'apporter des précisions sur quelques-unes des dispositions du projet de loi. Avec votre approbation, madame le président, nous procéderions à l'examen du mémoire de la même façon dont il a été présenté, c'est-à-dire en commençant par la déclaration préliminaire de M. McKercher dans laquelle il a fait l'historique du projet de loi S-33 et parlé de la participation, ou plutôt de l'absence de participation du barreau. J'ai l'intention de vous parler moi-même de cette question.

[Text]

Secondly, there were a number of criticisms levelled at the criminal law provisions, and Mr. Ewaschuk will speak to that.

Thirdly, there were comments and criticisms regarding the evidence in civil proceedings. I also propose to speak to that, while the Quebec perspective, which was brought to your attention by Me Tremblay, shall be spoken to by Me Bertrand. He is the chief legislative draftsman in the department. We shall, of course, answer any questions you may have in relation to the submission by the Canadian Bar Association or any other matter.

Regarding the introduction by Mr. McKercher, you will recall that one of the chief points made by Mr. McKercher—and I believe also by Mr. Leask—was that there had been a lack of consultation with the Bar and with the Canadian Bar Association. Indeed, that was a particular recital in a resolution passed at the mid-winter meeting of the Canadian Bar Association in which they recommended the bill not be passed in its present form.

It is our view that that fails to take into account a number of facts that would seem to indicate that the members of the Bar and the Canadian Bar Association have, indeed, had a number of opportunities to make their views known, either on the law of evidence in general, or on the Uniform Evidence Act, which is the basis of Bill S-33.

I shall give you a brief history of Bill S-33, to illustrate the point. First of all, the Law Reform Commission was assigned the task of looking at the law of evidence as early as 1971. That was 12 years ago. It held a number of consultations with the Bar before publishing its report on the law of evidence. That report was published in 1975. In other words, there was a four-year period during which the whole law of evidence was under review by the Law Reform Commission, and the Canadian Bar Association and the members of the Bar had an opportunity to express their views on the law of evidence to that commission.

Following publication of the commission's report, the Department of Justice spent approximately one year conducting nation-wide consultations with the Bar and Bench. Mr. Kenneth Chase conducted 25 different consultation sessions lasting a day or two in centres across Canada. That was done in collaboration with the Canadian Bar Association.

When it was apparent from those consultations that the recommendations of the Law Reform Commission would not be acceptable—there were a number of areas that we felt were just not satisfactory as far as the law of evidence was concerned—a federal-provincial task force was set up under the auspices of the Uniform Law Conference of Canada. There were six participating jurisdictions on that task force.

I do not want to cover old ground, but those of you who come from different parts of the country might like to know that the participating jurisdictions were Nova Scotia, Quebec, Ontario, Alberta, British Columbia and the federal government. Some of those participating jurisdictions established advisory committees to advise their representatives on the task

[Traduction]

Deuxièmement, il y a un certain nombre de critiques qui ont été formulées concernant les dispositions du droit pénal, et M. Ewaschuk vous en parlera.

Troisièmement, certaines observations et critiques ont été faites concernant la preuve en matière civile. J'ai aussi l'intention de traiter ce sujet moi-même, tandis que M^e Bertrand vous entretiendra du point de vue du Québec qui a été soumis à votre attention par M^e Tremblay. M. Bertrand est le premier conseiller législatif du ministère. Nous répondrons évidemment à toutes les questions que vous aimeriez poser concernant le mémoire de l'Association du barreau canadien ou tout autre sujet.

En ce qui concerne la déclaration préliminaire de M. McKercher, vous vous souviendrez que l'un des principaux points qu'il a soulevés, et je crois que M. Leask en a aussi parlé, est qu'il y avait eu un manque de consultation avec le barreau et l'Association du Barreau canadien. Il s'agissait évidemment d'une question qui avait fait l'objet d'une résolution adoptée lors de la réunion de février de l'Association du barreau canadien dans laquelle elle recommandait de ne pas adopter le projet de loi sous sa forme actuelle.

Nous sommes d'avis que l'on ne tient pas compte de quelques faits qui semblent indiquer que les membres du barreau et de l'Association du barreau canadien ont eu un certain nombre d'occasions de faire connaître leurs vues, soit sur la Loi de la preuve en général, soit sur la Loi uniforme sur la preuve qui fait l'objet du projet de loi S-33.

Je vais vous donner un bref historique du projet de loi S-33 pour illustrer ce point. D'abord, dès 1971, la Commission de réforme du droit a été chargée d'examiner la Loi sur la preuve. Il y a donc 12 ans de cela. La Commission a eu un certain nombre de consultations avec le Barreau avant de publier son rapport. Ce dernier a été publié en 1975. Donc pendant cette période de quatre ans, la Commission de réforme de droit a fait une étude complète de la Loi sur la preuve, et l'Association du barreau canadien et les membres du barreau ont eu l'occasion d'exprimer leurs vues devant cette Commission.

À la suite de la publication du rapport de la Commission, le ministère de la Justice a procédé à des consultations à l'échelle nationale avec le barreau et la magistrature pendant environ un an. M. Kenneth Chase a présidé 25 différentes séances de consultation d'une journée ou deux dans différents centres dans tout le Canada, et, en collaboration avec l'Association du barreau canadien.

Lorsqu'il est devenu manifeste, à la suite de ces consultations, que les recommandations de la Commission de la réforme du droit ne seraient pas acceptables, il y avait en effet un certain nombre de points que nous ne jugions pas satisfaisants en ce qui concerne la Loi sur la preuve, un groupe de travail fédéral-provincial comprenant des représentants de six gouvernements a été créé sous les auspices de la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.

Je ne veux pas entrer dans les détails, mais certains d'entre vous seraient peut-être heureux de savoir que les gouvernements qui ont participé aux travaux sont ceux de la Nouvelle-Écosse, du Québec, de l'Ontario, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique ainsi que le gouvernement fédéral. Quelques-uns de ces gouvernements ont créé des comités consultatifs pour

[Text]

force. Members of the advisory committees included academics, members of the defence Bar, and judges. Once again, there was an opportunity for input.

The task force itself published annual reports of its progress, its work and the recommendations it was proposing to make. Those annual reports were published in the *Criminal Law Reports*. The purpose of publishing them was to encourage comment by the Bar. I can say, as chairman of that task force in its last year, that we received absolutely no comment.

The President of the Uniform Law Conference of Canada speaks to the annual meeting of the Canadian Bar Association. He makes his annual report to that association. His annual reports contained references to the work of the task force. Opportunity was there to ask questions or to at least start the wheels in motion. Nothing was done.

A number of jurisdictions consulted leading members of the defence Bar in preparing for the special plenary sessions of the Uniform Law Conference on Evidence. At least six of those jurisdictions, including the federal jurisdiction, included representatives of the defence Bar in their delegation to the 1981 annual meeting of the Uniform Law Conference of Canada when the new Uniform Evidence Act was debated and finally approved.

I might say that the Uniform Evidence Act was approved virtually unanimously. Approximately 50 people attended that special session, and there was only one negative vote, which was not cast by a member of the defence Bar but by a prosecutor from British Columbia.

Finally, the Uniform Evidence Act was made available to the public as early as December 1981, and an unofficial copy of the act found its way into the hands of the Chairman of the Criminal Law Section of the Canadian Bar Association in November of that year. Given that extensive study and the virtually unanimous approval of the Uniform Evidence Act by the Uniform Law Conference and the federal-provincial nature of the whole enterprise, this was something that had been agreed to by all provinces and the territories and the federal government. It was not something that could be changed at the whim or the will of one of the participating jurisdictions.

The deputy minister indicated to the then President of the Canadian Bar Association in a letter of January 26, 1982, that while it was not the intention of the department to conduct further formal consultations with the Bar on the Uniform Evidence Act before that act would be put before Parliament as a bill, nevertheless he would be very pleased to receive any comments the association might have about the proposed legislation. To date that letter has never been responded to. We have not received any comments or criticisms directly from the Canadian Bar Association.

[Traduction]

conseiller leurs représentants au sein du groupe de travail. Ces comités regroupaient des universitaires, des avocats de la défense et des juges. Encore une fois, ils ont eu l'occasion de participer aux travaux du groupe.

Le groupe d'étude lui-même a publié des rapports annuels sur l'état de ses travaux et les recommandations qu'il avait l'intention de proposer. Ces comptes rendus annuels ont été publiés dans les *Criminal Law Reports*. La publication de rapports provisoires avait pour but d'encourager le Barreau à nous faire part de ses observations. Je puis affirmer, à titre de président du groupe de travail au cours de la dernière année, que nous n'avons reçu absolument aucun commentaire.

Le Président de la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit prend la parole lors de l'assemblée annuelle de l'Association du barreau canadien. Il lui présente en effet son rapport annuel. Ses rapports font mention des travaux du groupe d'étude. Les membres de l'Association avaient donc là une occasion de poser des questions ou du moins de mettre le processus en marche, mais ils n'en ont pas soufflé mot.

Un certain nombre de gouvernements ont consulté les avocats de la défense les plus éminents au cours des travaux préparatoires aux réunions plénières extraordinaires sur la preuve convoquée par la Conférence sur l'uniformisation du droit. La délégation de six gouvernements au moins, y compris le gouvernement fédéral, comptait des représentants des avocats de la défense lors de la réunion annuelle de 1981 au cours de laquelle la nouvelle Loi uniforme sur la preuve a été discutée et finalement approuvée.

Je pourrais ajouter que la Loi uniforme sur la preuve a été approuvée presque à l'unanimité. Environ 50 participants assistaient à cette réunion extraordinaire, et un seul délégué a voté contre, et il ne s'agissait pas d'un avocat de la défense, mais d'un procureur de la Couronne de la Colombie-Britannique.

Enfin, la Loi uniforme sur la preuve a été rendue publique dès décembre 1981, et le président de la Section du droit pénal de l'Association du barreau canadien en a obtenu une copie non officielle en novembre de la même année. Étant donné l'envergure de l'étude, l'acceptation quasi-unanime de la Loi uniforme sur la preuve à la Conférence sur l'uniformisation du droit, et la collaboration du fédéral et des provinces, il s'agissait d'une mesure législative qui avait été approuvée par toutes les provinces et les territoires ainsi que le gouvernement fédéral, et qui ne pouvait être modifiée selon le caprice ou la volonté d'un des gouvernements participants.

Le sous-ministre a alors signalé au président de l'Association du barreau canadien, dans une lettre en date du 26 janvier 1982, que même si le ministère n'avait pas l'intention de procéder à d'autres consultations officielles avec le Barreau concernant la Loi uniforme sur la preuve avant qu'elle ne soit déposée devant le Parlement sous forme de projet de loi, il serait néanmoins très heureux de recevoir toutes les observations que l'Association pourrait vouloir formuler sur le projet de loi. Jusqu'ici, il n'a pas donné suite à cette lettre. Nous n'avons reçu aucun observation ni critique directement de l'Association du barreau canadien.

[Text]

Since that time both Mr. Ewaschuk and I have been involved in a number of seminars with bar associations across Canada. I have been to Calgary, Toronto, Montreal, Halifax and have attended various conferences where the judiciary and members of the Bar were present. In fact, tomorrow we are going to another one in Winnipeg. Last week we were in Toronto. At last year's annual meeting of the Canadian Bar Association I was on a special panel to discuss the Uniform Evidence Act.

Madam Chairman, our deputy minister and I feel that we have done just about everything we need to do in order to bring the intentions of the department to the attention of the Canadian Bar Association and the practicing bar.

I have with me a copy of a letter which was sent by our deputy minister to Mr. Yves Fortier, President of the Canadian Bar Association. I will leave a copy with you. It sets out the same things that I have been saying plus a few other things.

That is my introductory statement of our view of the background on the opportunities that the Canadian Bar Association and members of the Bar generally have had to play a role in formulating the policy behind Bill S-33. Of course, we are still anxious to receive any comments they might have. All of us want this bill to be a first-rate document. On the other hand, we have to bear in mind that this is a federal-provincial undertaking and the whole purpose of the exercise is to try to have a piece of legislation which, to the extent possible, with be uniform across the country.

Senator Deschatelets: May I ask a question about the complaint of the Canadian Bar Association that they have not been called upon to participate? There were numerous conferences and seminars in which the bar association was invited to participate. Could you tell me when the final version of Bill S-33 was available to the bar association?

Mr. Tollefson: Of course, we do not circulate the legislation in advance. It would be contrary to the rules of Parliament if we were to circulate the bill.

Senator Godfrey: I disagree with that statement and I have been disagreeing with that argument for many years. I am a firm believer of notice and comments. There should be more circulation. But go on with your answer.

Mr. Tollefson: Within our department we take great care not to disclose parliamentary secrets.

Senator Flynn: Secrets!

Mr. Tollefson: Basically, what we have done is to follow the Uniform Evidence Act, which has been available to the Canadian Bar Association and available to the public since approximately December 2, 1981. There have been changes, as I believe was explained in the introductory remarks when the Senate bill was introduced on second reading, to reflect the Charter of Rights, the Access to Information bill, and the amendments to the Criminal Code last fall under the sexual offences bill. There have been a few changes to clarify points that have been drawn to our attention by various people. In

[Traduction]

Depuis, M. Ewaschuk et moi-même avons participé à un certain nombre de colloques avec des associations du barreau dans tout le Canada. Je suis allé à Calgary, Toronto, Montréal, Halifax et j'ai assisté à plusieurs conférences où des représentants du pouvoir judiciaire et des membres du barreau étaient présents. En fait, nous assisterons demain à une autre conférence à Winnipeg. La semaine dernière, nous étions à Toronto. J'ai participé aux travaux d'un comité spécial lors de la dernière assemblée annuelle de l'Association du barreau canadien.

Madame le président, mon sous-ministre et moi-même sommes d'avis que nous avons fait tout notre possible pour faire connaître les intentions du ministère à l'Association du barreau canadien et aux membres du barreau.

J'ai en main la copie d'une lettre qui a été envoyée au président de l'Association du barreau canadien M^e Yves Fortier par notre sous-ministre. Je vous en laisse une copie. Elle expose les grandes lignes de ce que je viens de vous dire, outre quelques autres observations.

Voilà ma déclaration préliminaire sur notre point de vue en ce qui concerne les occasions qu'ont eues l'Association du barreau canadien et les membres du Barreau en général de jouer un rôle dans la formulation de la politique inhérente au projet de loi S-33. Évidemment, nous serions toujours heureux de recevoir toutes les observations qu'ils pourraient formuler. Nous voulons tous que ce projet de loi soit parfait. Par contre, il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une entreprise fédérale-provinciale et le but visé est d'obtenir une mesure législative qui, dans la mesure du possible, sera uniforme dans tout le pays.

Le sénateur Deschatelets: Puis-je poser une question concernant le fait que l'Association du barreau s'est plainte qu'elle n'a pas été consultée? Il y a eu de nombreux colloques et conférences auxquels l'Association du barreau a été invitée à participer. Pourriez-vous m'indiquer quand l'association du barreau a eu accès à la version définitive du Bill S-33?

M. Tollefson: Évidemment, nous ne faisons pas circuler le texte à l'avance. Ce serait contraire aux règles du Parlement de faire circuler le projet de loi.

Le sénateur Godfrey: Je ne suis pas d'accord avec cette déclaration, et ce depuis de nombreuses années. Je crois fermement qu'il faudrait donner un avis et inviter les intéressés à formuler des observations, et que le texte devrait circuler davantage, mais continuez.

M. Tollefson: Dans notre ministère, nous faisons très attention de ne pas divulguer des secrets parlementaires.

Le Sénateur Flynn: Des secrets!

M. Tollefson: Nous avons essentiellement suivi la Loi uniforme sur la preuve, à laquelle l'Association du barreau canadien et la population en général a accès depuis environ le 2 décembre 1981. Certaines modifications ont été apportées, je crois que ces dernières ont été expliquées dans les remarques d'introduction lorsque le bill du Sénat a été présenté en deuxième lecture, afin de tenir compte de la Charte des droits, du projet de loi sur l'accès à l'information et des modifications apportées au Code criminel l'automne dernier en application du projet de loi sur les infractions sexuelles. Il y a eu quelques

[Text]

other words, we have tried to respond when, for example, judges have pointed out that there was either an ambiguity or inconsistency in a particular section.

Senator Deschatelets: I attended the last meeting we had, and, if I recall correctly, the Canadian Bar Association contended that as soon as they were aware of Bill S-33 they organized various committees within the association in five, six or seven provinces, and they came up with their brief. My point is that the Canadian Bar Association says that this bill does not constitute a consensus among practicing lawyers and their criticism is against the philosophy and wording of the bill.

The Chairman: Senator Deschatelets, we are going to have to hear from our witnesses first because we have to adjourn our meeting by 11.00 a.m. I would prefer to hear from the witnesses and then I will take questions from the members of the committee.

Senator Godfrey: May I make a suggestion? Perhaps we could send a copy of these proceedings to the President of the Canadian Bar Association and ask him for his comments, because he has given evidence before us.

The Chairman: If we were to re-read their testimony I think we would find that they did apologize and indicated that they had been aware of the bill but had not taken action expeditiously.

I will now ask Mr. Ewaschuk to give his presentation, and following that I will take questions from the floor.

Mr. E. G. Ewaschuk, general counsel, criminal law, Department of Justice: It is good to see my friend, Senator Flynn. I have not seen him since the Queen was in Ottawa to give us our Charter. Of course, at one time he and I had no secrets between us in Justice.

Senator Buckwold: That should soften him up.

The Chairman: Temporarily.

Mr. Ewaschuk: One of the first points I should like to react to is whether or not this is a code, because it has been called one by many people. You will recall that what I have in my hand, the Report on evidence—le Rapport sur la preuve—was published by the Law Reform Commission of Canada in December 1975. People from Justice travelled across the country and met with all kinds of associations, including, on numerous occasions, the Canadian Bar Association. This goes back to 1976. Therefore, they knew exactly what was happening with the evidence project.

This code purported to be a code in the very true sense. There were two sections that were fairly important. The first was section 2, which said that this code shall be liberally construed and was not, and is not, subject to the rule that statutes and derogation of the common law shall be strictly

[Traduction]

modifications afin d'éclaircir certains points qui ont été portés à notre attention par diverses personnes. En d'autres mots, nous avons essayé de corriger les articles particuliers où par exemple, les juges indiquaient qu'il y avait ambiguïté ou manque d'uniformité.

Le sénateur Deschatelets: J'ai assisté à la dernière réunion, et si je me souviens bien, l'Association du barreau canadien a allégué qu'aussitôt qu'elle avait été mise au courant du Bill S-33, elle avait immédiatement organisé divers comités au sein de l'association du barreau dans cinq, six ou sept provinces, et avait ensuite présenté son mémoire. Le point que je veux soulever, c'est que l'Association du barreau canadien déclare que le projet de loi ne constitue pas un consensus entre les avocats praticiens, et que leurs critiques portent sur la philosophie et la formulation du projet de loi.

Le président: Sénateur Deschatelets, nous devons tout d'abord entendre nos témoins, parce que nous devons lever la séance au plus tard à 11 heures. J'aimerais plutôt entendre les témoins et ensuite les questions des membres du comité.

Le sénateur Godfrey: Puis-je faire une suggestion? Nous pourrions peut-être envoyer une copie des présentes délibérations au président de l'Association du barreau canadien et lui demander de formuler des observations étant donné qu'il a comparu devant le comité.

Le président: Si on lit le témoignage, l'association s'est excusée et a indiqué qu'elle avait été mise au courant du projet de loi mais qu'elle n'avait pas agi rapidement.

Je demanderais maintenant à M. Ewaschuk de faire sa présentation, après quoi les membres du comité pourront poser leurs questions.

M. E. G. Ewaschuk, avocat général, droit pénal, ministère de la Justice: Je suis heureux de voir mon ami, le sénateur Flynn. Je ne l'ai pas vu depuis que la reine est venue à Ottawa pour nous remettre notre charte. Évidemment, il y a eu un temps où lui et moi n'avions aucun secret pour ce qui est de la justice.

Le sénateur Buckwold: Cela devrait l'amadouer.

Le président: Temporairement.

M. Ewaschuk: Premièrement, je voudrais savoir s'il s'agit d'un code, parce que de nombreuses personnes l'ont qualifié de code. Vous vous souviendrez que le document que je tiens en main, le Rapport sur la preuve—Report on evidence—a été publié par la Commission de réforme du droit du Canada en décembre 1975. Des représentants du ministère de la Justice ont traversé le pays pour rencontrer divers genres d'associations, notamment à de nombreuses occasions, l'Association du barreau canadien. Cela remonte à 1976. Elle savait par conséquent exactement où en était le projet sur la preuve.

Ce code devait être un code dans le vrai sens du mot. Deux articles étaient passablement importants. Le premier était l'article 2, selon lequel les règles établies par le code doivent être interprétées libéralement, et elles ne l'ont pas été, et ne le seront pas, et on abolit la règle d'interprétation traditionnelle

[Text]

construed. That is the first important section trying to say it is a code and not merely an ordinary statute.

The other one was section 3, which said that matters of evidence not provided for by this code shall be determined in the light of reason and experience so as to secure the purpose of this code.

It is not abundantly clear, but it is clearer when you read the commentary within the report itself. They say in relation to section 3 that precedent is, of course, a major source of experience and may be looked to. But it will not have binding force. It purported to overrule what, in English, we call the doctrine of *stare decisis*, which means that where you have a court at a certain level deciding a case based on an interpretation of a statute or common law, it binds all lower courts. This would have been a code in the true sense. You always go back to the wording. Perhaps you can look to see what the Supreme Court of Canada said about this section, but it does not bind you, contrary to ordinary practice.

Senator Frith: That is previous.

Mr. Ewaschuk: Yes, we did not adopt that.

Senator Frith: When you say the Supreme Court, it is a Supreme Court rule on the statute that would be binding.

Mr. Ewaschuk: They purport to say it would not be binding, so it would have been a code in the continental sense of the word "code." It was not really the sections that the Bar reacted to; it was this commentary that *stare decisis* would be abolished that they were reacting to. The other matter they reacted to quite strongly was that section after section gave a lot of discretion to the trial judge, and they were concerned about the human factor, your personal set of values, and whether or not they could judge beforehand that evidence would be admissible or inadmissible. The reaction, at least by most of the English-speaking lawyers, the Anglophones, the common law lawyers, was to the effect, "Give us more specific rules. Let us be able to judge ahead of time whether or not evidence would be available." I think that is what we tried to do on the task force, and what we try to do in this bill.

The other point is that even if you say it is really a play on words and we say it is a Canada Evidence Act as opposed to a Canada Evidence Code, we have a lot of concepts left in the bill which, in fact, are not defined in the bill, and therefore the courts have defined them, and will continue to define and redefine them. It will not be Parliament that will have to change it if something goes amiss in the future. For example, in clause 24(1) there is a reference:

... where expert evidence is admissible by law—

[Traduction]

voulant que les dérogations législatives au common law soient d'interprétation restrictive, il s'agit là du premier article important où l'on essaie de dire qu'il s'agit d'un code, plutôt que d'un simple statut ordinaire.

L'autre était l'article 3, selon lequel lorsque le code n'offre pas de solution à un problème du droit de la preuve, celui-ci doit être résolu à la lumière de la raison et de l'expérience, le tout en harmonie avec les buts du code.

Ce n'est pas très clair, mais on comprend mieux lorsqu'on lit l'observation dans le rapport même, lorsqu'on dit au sujet de l'article 3, que le précédent jurisprudentiel constitue sans contredit une source importante d'expérience qu'il n'est pas interdit de consulter, mais il ne lie plus les tribunaux. Il semble qu'on annule ce qu'on appelle en anglais la doctrine du *stare decisis*, qui signifie que lorsqu'un tribunal d'un certain niveau juge un cas en fonction de l'interprétation d'un statut ou de la common law, tous les tribunaux de niveau inférieur sont liés par cette décision. Il s'agirait là d'un code dans le vrai sens du mot. Vous en revenez toujours à la formulation. Vous pouvez peut-être vérifier ce que la Cour suprême du Canada a déclaré au sujet de l'article en question, mais vous n'êtes pas obligé de le faire, contrairement à la pratique habituelle.

Le sénateur Frith: Ca n'est l'ancienne version.

M. Ewaschuk: Oui, nous n'avons pas adopté cette disposition.

Le sénateur Frith: Lorsque vous parlez de la Cour suprême, vous parlez d'une décision de la Cour suprême sur un statut qui lierait les autres tribunaux.

M. Ewaschuk: Ils semblent dire que les tribunaux ne seraient pas liés par la décision, de sorte qu'il s'agirait d'un code dans le sens européen du mot. Le barreau n'a pas réellement réagi aux articles; c'était plutôt aux commentaires portant que la doctrine du *stare decisis* serait abolie. L'autre question à laquelle il a réagi assez fortement est le fait que d'article en article, le juge de première instance avait beaucoup de pouvoir discrétionnaire, et il s'inquiétait du facteur humain, des valeurs personnelles, et du fait de savoir si l'on pouvait juger à l'avance qu'une preuve était admissible ou non. On a répondu, du moins la plupart des avocats d'expression anglaise, des anglophones et des avocats de la common law, qu'on voulait davantage de règles précises. On veut être en mesure de juger à l'avance si une preuve sera disponible. Je crois que c'est ce que le groupe de travail a essayé de faire, et c'est ce que nous essayons de faire dans ce projet de loi.

L'autre point que je veux soulever, c'est que même si vous dites qu'il s'agit réellement de jouer sur les mots, et que nous sommes d'avis qu'il s'agit d'une loi sur la preuve par opposition à un code de la preuve, beaucoup de concepts du projet de loi, qui ne sont en fait pas définis dans le projet de loi, devront être définis par les tribunaux, qui continueront à les définir et à les redéfinir. Ce n'est pas le Parlement qui aura à le modifier si quelque chose ne va pas à l'avenir. Par exemple, au sujet du témoignage, au paragraphe 24(1), le projet de loi stipule:

... lorsque ... (le témoignage d'experts) ... est recevable en droit.

[Text]

in relation to an opinion. It does not define what it is; it says, "where it is admissible by law." Therefore, the courts have defined it, and will continue to define it, so it is more flexible in that sense. There is reference in clause 26 and clause 28 to "similar facts" evidence. We have not purported to define it. The courts have defined it and will continue to define it. Even in relation to hearsay, in clause 45(3) there is a specific provision that will permit the courts to add new exceptions to the hearsay rule so that future hearsay evidence will be admissible as long as the court decides it is trustworthy in those circumstances. The courts will define those concepts, and it is not a code in that sense. There are other examples.

Passing from the question of whether or not it is a code—and obviously, in my opinion, it is an evidence act and not a code—Mr. Leask was here last time and he made some rather scathing comments about the Crown's onus to prove that the statement of an accused is voluntary. He said that we purport to change the law. I say, yes, we do, but only the immediate law. He said at one point in his testimony that it has always been the law that the onus has been on the Crown to prove the statement beyond a reasonable doubt. Well, that is not right. Mr. Justice Kaufman's book on confession points out that the test was that the Crown had to prove it to the satisfaction of the trial judge. That basically was interpreted as the balance of probabilities, or perhaps somewhat a little bit stronger, but not beyond a reasonable doubt. That was in fact changed in 1976; it was clarified by a judgment from the British Columbia Court of Appeal. Evidently Mr. Leask did not know about that case, the *Norgren* case. There was another case in Ontario in 1976, confirming that, called *Pickett* in the Ontario Court of Appeal.

Let me explain some of the rationale. Remember, when you are dealing with a statement it may not be a complete confession; it may be a partial admission. It may not, even on its face, be what they used to call inculpatory. Senator Godfrey, and certainly Senator Flynn, will remember the *Boudreau* case in 1949 in the Supreme Court of Canada which said that if the statement on its face is not incriminatory it does not admit of a crime, the Crown does not have to prove that it is voluntary; it is *per se* admissible.

That was changed around 1979 in a case called *Piché*. That says that, if the Crown wants to tender these statements, they may not be full confessions, they may be putting it to an incriminatory use. In that case, Mrs. Piché denied that she was present when her husband was shot. Later, when it came time to testify at trial, she changed her story. She said in fact she was there but he killed himself. Therefore, you had two inconsistent stories, and the question was: Did the Crown have to prove that the statement given to the police officers during interrogation was in fact voluntary? The trial judge said they did; the Manitoba Court of Appeal said, no, they did not; it finally went to the Supreme Court of Canada, which said once and for all that all statements have to be proved voluntary if

[Traduction]

Il n'y a aucune définition; il stipule, «lorsque ce mode de preuve est recevable en droit.» Par conséquent, les tribunaux l'ont défini, et continueront à le faire, de sorte que la définition est plus souple en ce sens. Aux articles 26 et 28, on parle de «faits similaires». On ne semble pas l'avoir défini. Les tribunaux l'ont défini et continueront à le faire. Même pour ce qui est du oui-dire, on trouve une disposition précise au paragraphe 45(3) permettant aux tribunaux d'ajouter de nouvelles exceptions à la règle du oui-dire de sorte que les preuves futures fondées sur le oui-dire seront admissibles à condition que le tribunal décide qu'on peut s'y fier dans les circonstances. Les tribunaux définiront ces concepts, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un code dans ce sens. Il y a d'autres exemples.

Oublions s'il s'agit d'un code ou non—et de toute évidence, à mon avis, il s'agit d'une loi et non d'un code—M. Leask était ici la dernière et il fait des commentaires plutôt acerbes au sujet du fardeau de la Couronne à prouver que la déclaration d'un accusé est volontaire. Il dit que nous semblons avoir modifié la loi. Je lui répondrais que oui, mais seulement dans l'immédiat. Il a déclaré à un moment donné dans son témoignage que la loi imposait toujours à la Couronne le fardeau de prouver une déclaration avec quasi certitude. Eh bien, c'est faux. Dans son livre sur la confession, le juge Kaufman indique que la Couronne doit établir la preuve à la satisfaction du juge de première instance. On interprète essentiellement cette déclaration comme étant l'équilibre des probabilités, ou peut-être un peu plus, mais pas la quasi certitude. Cette situation a changé en 1976; elle a été élucidée par une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. De toute évidence, M. Leask ne connaissait pas cette décision, soit l'affaire *Norgren*. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce fait en 1976, dans la décision de l'affaire *Pickett*.

Je vais donner quelques explications. N'oubliez pas, lorsqu'on traite d'une déclaration, il ne s'agit peut-être pas d'une confession complète; il peut s'agir d'une admission partielle. Il se peut même, qu'il ne s'agisse pas, même manifestement, de ce qu'on appelait autrefois un témoignage qui tend à prouver la culpabilité. Le sénateur Godfrey, et certainement le sénateur Flynn, se souviendront de l'affaire *Boudreau* devant la Cour suprême du Canada, où l'on a déclaré qu'à première vue, si la déclaration n'est pas incriminante, elle ne constitue pas une admission à un crime, et la Couronne n'a pas à prouver qu'elle était volontaire; elle est admissible telle quelle.

Cet état de choses a changé en 1979, dans l'affaire *Piché*. Selon la décision rendue dans cette affaire, si la Couronne veut soumettre de telles déclarations, il se peut qu'il ne s'agisse pas de confessions complètes, et qu'elles soient utilisées pour incriminer le suspect. Dans cette affaire, Mme Piché avait nié le fait qu'elle était présente lorsque son mari a été abattu. Plus tard, au moment de témoigner au procès, elle a changé son histoire. Elle a déclaré qu'elle était en fait présente, mais qu'il s'était tué lui-même. Il y avait donc deux histoires différentes, et on a soulevé la question suivante: Est-ce que la Couronne devait prouver que la déclaration faite aux agents de police au cours de l'interrogatoire était en fait volontaire? Le juge de première instance a affirmé que oui; la Cour d'appel du Manitoba a

[Text]

they are made during an interrogation. So the law changed drastically.

Then, in about 1977 or 1978, there was a case called *Erven*. Unfortunately, I argued that case and lost it in the Supreme Court of Canada. Be that as it may, that case said that if you have a statement, even if on its face it does not incriminate somebody, that statement has to be proved voluntary, even if it is before the police have any grounds to suspect the person. That was a Nova Scotia case in relation to persons who were on the beach on the Atlantic side. It involved the importation of \$30 million worth of hashish. These fellows happened to be from Vancouver. I do not know what they were doing in Nova Scotia. They were asked, "Who are you? What are you doing here?" They lied about their names and said they were collecting water samples or soil samples for testing for some government corporation or crown agency. In any event, that was a lie. The trial judge said, "You do not have to prove that is voluntary. It is *per se* admissible." It was reversed in the Supreme Court of Canada.

The point I am trying to make is that those things in themselves, that type of an admission—it is not even an admission, a statement by an accused—is not necessarily a full confession, and it is not the end of the story, because the jury has to accept it as being said by the accused beyond a reasonable doubt, and they can draw any inferences they want from it. This appears to be perhaps the sole exception where what I call a preliminary fact, just going to admissibility, has to be proved by the Crown beyond a reasonable doubt before the jury can even hear it.

Professor Rothstein, when he testified before you in February, said he agreed with Bill S-33. This has been litigated in the United States Supreme Court, whether or not this violates their Constitution, and the Supreme Court of the United States in a case *Leggo and Twomey* in 1972 said the balance of probability to go to admissibility is a valid standard. Professor Rothstein said he agreed with it, and he said there were very few states that forced the prosecution to prove it beyond a reasonable doubt. Those were his exact words, "a very few states."

Our position is that again this is a preliminary matter. The jury do not have to accept it. It is just to go to admissibility. It is not final in that sense. It is not an ultimate issue.

There was another concept in this regard. Mr. Leask said that you could never use an accused's confession at common law before the turn of the century. Obviously, again wrong. Before 1893 in Canada and 1898 in England, an accused could not testify, but the confession of an accused could always be used. That was clearly the common law.

[Traduction]

déclaré que non; l'affaire s'est finalement rendue à la Cour Suprême du Canada, qui a déclaré une fois pour toutes que toutes les déclarations devaient être prouvées comme étant volontaires si elles étaient faites pendant un interrogatoire. Ainsi, la loi a changé de façon drastique.

Ensuite, vers 1977 ou 1978, il y a eu l'affaire *Erven*. Malheureusement, j'ai défendu cette affaire devant la Cour Suprême du Canada, et je l'ai perdue. Quoi qu'il en soit, la décision portait que même si une déclaration n'incriminait pas quelqu'un à première vue, il fallait prouver que cette déclaration était volontaire, même si elle avait été faite avant que la police n'ait eu de motif pour soupçonner la personne. Cette affaire s'est déroulée en Nouvelle-Écosse, et mettait en cause des personnes qui se trouvaient sur la plage, du côté de l'Atlantique. Il s'agissait de l'importation de haschisch pour une valeur de 30 millions de dollars. Les suspects étaient originaires de Vancouver. Je ne sais pas ce qu'ils faisaient en Nouvelle-Écosse. On leur a demandé: «Qui êtes-vous? Que faites-vous ici?» Ils ont donné de faux noms et ont déclaré qu'ils prélevaient des échantillons d'eau ou de sol pour des essais effectués par une société gouvernementale ou une société de la Couronne. Quoi qu'il en soit, c'était un mensonge. Le juge de première instance a déclaré: «Vous n'avez pas à prouver que la déclaration était volontaire. Elle est admissible comme telle.» Cette décision a été renversée par la Cour Suprême du Canada.

Ce que j'essaie de faire comprendre, c'est que ces choses comme telles, ce genre d'admission—même s'il ne s'agit pas d'une admission, une déclaration faite par un accusé—n'est pas nécessairement une confession complète, et ce n'est pas la fin de l'histoire, parce que les jurés doivent l'accepter comme ayant été faite par l'accusé avec quasi certitude, et ils peuvent en déduire ce qu'ils veulent. Il semble peut-être s'agir là de la seule exception où ce que j'appelle un fait préliminaire, qui ne vise que l'admissibilité, doit être prouvé par la Couronne avec quasi certitude avant même que le jury puisse l'entendre.

Lorsqu'il a témoigné devant vous en février, le professeur Rothstein s'est dit d'accord avec le Bill S-33. Cette question a été débattue devant la Cour suprême des États-Unis, en vue de déterminer si ce principe allait à l'encontre de sa constitution, et la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Leggo and Twomey* en 1972, a déclaré que l'équilibre des probabilités pour l'admissibilité constituait une norme valable. Le professeur Rothstein a dit qu'il était d'accord, et a déclaré que peu d'États obligeaient l'avocat du plaignant à établir la preuve avec quasi certitude. C'était là ses mots exacts, «très peu d'États».

A notre avis, il s'agit une fois de plus d'une question préliminaire. Le jury n'est pas obligé de l'accepter. Il ne s'agit que de déterminer l'admissibilité. Ce n'est pas définitif en ce sens. Il ne s'agit pas d'une question ultime.

Il y avait un autre concept à ce sujet. M. Leask a déclaré qu'on ne pouvait jamais utiliser la confession d'un accusé en common law avant le tournant du siècle. De toute évidence, il s'était encore trompé. Avant 1893 au Canada et 1898 en Angleterre, un inculpé ne pouvait pas témoigner, mais son aveu pouvait toujours être utilisé en common law.

[Text]

It was pointed out in their brief that this bill violates the Charter of Rights. We had a discussion later and they did not satisfy us that any section would violate the Charter. There have been three cases which have struck down section 8 of the Narcotics Control Act, the section having to do with reverse onus; that is, where somebody possesses any kind of a narcotic—be it hash, hash oil, cannabis, heroin, cocaine or whatever—the police can then charge that person with possession for the purpose of trafficking. The cases have dealt with the hypothetical case of there being merely one gram of the drug, in striking down that section. There has been a little inconsistency as to the reasoning in those three cases, which are the *Oakes* case in the Ontario Court of Appeal, the *Carroll* case in Prince Edward Island Supreme Court *in banco*, and the *Cook* case from the Nova Scotia Court of Appeal. On consensus—and some of the judges have varied on the reasoning—it seems fairly clear that you can have a true reverse onus clause, you can have a legal burden on an accused, as long as there is a rational connection between the proved fact, as they call it, that the person is in possession of something and the inference to be drawn from that. An example of this, which has been sustained in the later *Holmes* case in the Ontario Court of Appeal, is the burglar's tool provision. Mr. Justice Lacourcière, speaking for a unanimous Court of Appeal subsequent to these cases, said that the burglar tool section does not violate the Charter of Rights. That section was struck down by a county court judge, a classmate of mine from high school right through law school. I told him he did not have a hope on this case, and I was right.

Section 309 reads as follows:

(1) Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him,—

and case law says on a balance of probabilities,

—has in his possession any instrument suitable for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, is guilty of an indictable offence . . .

In our legal opinion, there is not a provision in the bill that would violate the Charter.

The last comment is, perhaps, a fairly subtle point on which Mr. Leask gave an example. His example was with relation to a client of his, a social worker who was charged with gross indecency. Involved in the case was a 16-year-old boy who, as he said, was a notorious liar. He called evidence to show that the boy was a notorious liar. In 16 years, I have never seen this technique used. It is not clear from his evidence, but I do not think it was used properly.

[Traduction]

Leur mémoire indiquait clairement que le projet de loi viole la Charte des droits. Nous en avons discuté avec eux, mais ils n'ont pu nous convaincre qu'un seul des articles du projet de loi pourraient violer la Charte. Dans trois causes, l'article 8 de la Loi sur les stupéfiants qui traite de la preuve légale à la charge de l'inculpé a été renversé. Cet article stipule que la police peut inculper de possession de stupéfiants pour en faire le trafic quiconque est en possession de stupéfiants, notamment du haschisch, du cannabis, de l'héroïne ou de la cocaïne. Dans ces causes cet article a été renversé sur l'hypothèse de possession d'un seul gramme de stupéfiant. L'argumentation n'était pas toujours cohérente dans ces causes, c'est-à-dire la cause *Oakes* entendue par la Cour d'appel de l'Ontario, la cause *Carroll* entendue par la Cour Suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (en pleines assises) et la cause *Cook* entendue par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. Après consensus, certains juges n'étaient pas d'accord avec l'argumentation—it semble assez clair qu'il peut y avoir une disposition sur la preuve légale laissée à la charge de l'inculpé, que l'on peut imposer la charge de la preuve légale à l'inculpé, pourvu qu'il y ait un lien logique entre le fait contesté, comme on l'appelle selon lequel la personne est en possession d'un bien, et la conclusion que l'on peut en tirer. La disposition concernant les instruments pouvant servir au cambriolage dont il a été question dans l'affaire *Holmes* entendue par la Cour d'appel de l'Ontario en est un exemple. Le juge Lacourcière a déclaré, au nom de tous les membres d'une cour d'appel, et ce après le jugement des autres causes, que l'article concernant les instruments pouvant servir au cambriolage n'enfreint pas les dispositions de la Charte. Cet article a été renversé par le juge d'un tribunal de première instance, avec qui j'ai fait tout mon cours secondaire et mes études de droit. Je lui ait dit qu'il n'avait aucune chance dans cette affaire et j'avais raison.

L'article 309 du code criminel stipule:

(1) . . . quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, . . .

et la jurisprudence stipule sur preuve par présomptions.

. . . a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voutes de sûreté ou de coffres-forts dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts . . . est coupable d'un acte criminel . . .

A notre avis, aucune disposition du projet de loi ne violerait la Charte.

Mon dernier commentaire touche peut-être un point assez subtil à propos duquel M. Leask a donné un exemple. Il a cité le cas d'un de ses clients, un travailleur social condamné pour grossière indécence. Un garçon de 16 ans qui était, selon lui, un menteur notoire était impliqué dans cette affaire. Il a cité des témoins pour trouver que le garçon était effectivement un menteur notoire. En 16 ans, je n'ai jamais eu connaissance qu'on ait eu recours à cette pratique. Bien que ce ne soit pas clair d'après les témoignages, je ne crois pas qu'elle ait été bien utilisée.

[Text]

At common law are what is called compurgators, who are oath-helpers. As I have said, an accused could not testify in Canada before 1893 and in England before 1898. In those times, to aid the accused, people from the community would be called to testify that the accused had a community reputation for honesty or for being a good person. An accused could not say that himself, nor could he say that he had never been convicted of a criminal offence, or anything of that sort.

There was also a technique which was used, to a much lesser extent, to attack a witness. This technique would allow people from the community to be called not to say that a person's community reputation was good, but, rather, that that person was not honest. I have never seen this technique used. It is a relic from the past, where witnesses were called for these purposes. The Crown could then call people to say that that person had a good reputation in the community. The only time I have ever seen the Crown do this was during the *McNamara* case—the so-called dredging case in Toronto which dragged on and on and on. The Crown, in that case, was in a position to call counter-evidence.

What I am trying to say is that there is a means of getting this evidence out, but we would abolish this means of attack, which is rarely used, in relation to the complainant in a particular case. With respect to clause 28, however, we would preserve it if this trait of character were known to the accused, or the evidence would be admissible as "similar fact" evidence, or the evidence could be drawn out somehow in cross-examination. You cannot call all of these witnesses to attack an accused, or, in the converse situation, the Crown cannot call witnesses to say, for example, that a particular victim is a good, honest person. The Crown cannot call such evidence to show that a poor victim of a sexual assault is an honest person, whose reputation is unblemished in the community, and therefore, ladies and gentlemen of the jury, you have to believe her.

Senator Frith: I believe you can use that evidence in certain cases. I have used it once, where the defence was self-defence, to show that a person was likely to have an aggressive character trait. It does not prove anything, but perhaps it shows that he was likely to be someone against whom one might have to defend oneself.

Mr. Ewaschuk: We allow that, but that goes to a particular character trait as opposed to reputation.

Senator Frith: Yes, but it is a reputation for that character trait.

Mr. Ewaschuk: Yes, and it would be allowed under this bill. I suppose my point is that that can be done, but the Crown then has the right to rebut that to indicate that the person has a reputation for peacefulness, if I can put it that way.

We would also like to stress that the attack against the bill has been almost one-sided and has emphasized what we are taking away from the accused. An accused will actually get a lot of things from this bill. Perhaps the clearest has to do with clause 123, subclause 2, where it is provided that cross-exami-

[Traduction]

En common law, des témoins peuvent témoigner sous serment de l'innocence d'un inculpé. Comme je l'ai dit, l'inculpé ne pouvait se présenter à la barre des témoins avant 1893 au Canada et 1898 en Angleterre. À cette époque, pour venir en aide à l'inculpé, des membres de la collectivité étaient cités pour déclarer sur serment que l'inculpé avait la réputation d'être une personne bonne et honnête. L'inculpé ne pouvait le déclarer lui-même ni affirmer qu'il n'avait jamais été condamné pour une infraction criminelle ou un autre acte du genre.

Il était aussi possible, mais on le faisait beaucoup moins souvent, d'attaquer un témoin. En effet, des membres de la collectivité pouvaient être cités pour déclarer qu'une personne n'était pas honnête. À ma connaissance, cette pratique n'a jamais été utilisée. Ce n'est que dans le passé que les témoins étaient cités à cette fin. La Couronne pouvait citer des témoins pour prouver la bonne réputation d'une personne dans la collectivité. La seule fois où j'ai eu connaissance que la Couronne l'ait fait a été dans l'affaire *McNamara*, la fameuse affaire de Toronto qui s'est éternisée. Dans ce cas, la Couronne était en mesure de faire entendre des dépositions contradictoires.

À mon avis, il est possible de supprimer ce genre de témoignage, mais on supprimerait le moyen rarement utilisé de critiquer le plaignant. Toutefois, l'article 28 le préserverait dans le cas où un élément de la moralité du plaignant serait connu de l'inculpé; il serait recevable comme preuve de fait similaire ou pourrait être produit d'une façon quelconque en contre-interrogatoire. On ne peut citer des témoins pour attaquer un inculpé ou, dans le cas contraire, la Couronne ne peut citer des témoins pour prouver, par exemple, que la victime est bonne et honnête. La Couronne ne peut fournir ce genre de témoignage pour prouver au jury l'honnêteté et la réputation irréprochable de la faible victime d'une agression sexuelle.

Le sénateur Frith: J'estime que l'on peut recourir à ce genre de témoignage dans certains cas. Je l'ai utilisé une fois, dans un cas de légitime défense, pour prouver qu'une personne pouvait être agressive. Le témoignage ne prouve rien à part le fait que l'on peut avoir à se défendre contre ce genre de personne.

M. Ewaschuk: Nous sommes d'accord avec ça car il s'agit d'un élément de la moralité et non de la réputation d'une personne.

Le sénateur Frith: Oui, mais il s'agit de la réputation d'un élément de la moralité.

M. Ewaschuk: Oui et ce serait permis en vertu du projet de loi. Je soutiens que ça peut se faire, mais que la Couronne a le droit en retour de faire valoir la réputation, disons, de non-violence, de la personne critiquée.

Nous aimerions aussi souligner que la critique est très partielle et insiste sur ce que l'inculpé perd. En fait, le projet de loi offre beaucoup à l'inculpé. La disposition peut-être la plus avantageuse pour l'inculpé est le paragraphe 2 de l'article 123 qui limite considérablement les possibilités d'un tribunal de

[Text]

nation of an accused on his prior record will be drastically limited. Clause 91 provides that the spouse of an accused is compellable—not merely competent, as it is now specified in the *Canada Evidence Act*—for an accused. The spousal communication privilege is extended to the declarant, not merely to the recipient, and it will last after the marriage is dissolved, if that should be the case, or after death. That clearly has been extended to aid the accused. The burden will always be on the Crown when there is a question of fitness to stand trial in terms of insanity. That is not the case now. The initial burden now is on the accused.

We will not allow the use of a conviction which might be relevant to a civil suit such as adultery, libel, and so on, pending an appeal. That will overrule a Supreme Court of Canada case on that point.

Where the court orders psychiatric assessment, the bill will provide that it will be privileged. In other words, if a client is sent for assessment, whatever he or she says to the psychiatrist will be privileged. Such is not the case at the moment.

Where someone refreshes his memory from a document out of court, it seems that, at present, there is no discretion to order that it be disclosed to the other side. That will be clarified so that there will be a discretion.

With respect to the cross-examination of an accused as to his mode of life, I am reminded of the trial of the Boyd gang that was on T.V. the other day. You cannot go into their background and antecedents. In a case in Moncton before by Mr. Justice Spence, there was some suggestion that you could. There are several things—they add up, probably, to 16, 17, 18, in the bill—that will extend an accused's rights. The bill certainly is not one-sided in the sense of taking away from accused's rights, and I think that point should be set straight.

Those are my comments, Madam Chairman.

The Chairman: Thank you. That is very helpful, Mr. Ewaschuk. I would like to be able to go straight ahead with the testimony, since we are going to be very short of time. Mr. Tollefson, are you going to speak to some of the civil matters?

Mr. Tollefson: Yes, Madam Chairmn. Mr. Gauley, Q.C., speaking on behalf of the Canadian Bar Association, dealt with perhaps six or eight different points as they relate to the evidence in civil proceedings. He referred, for example, to clause 22(2) of the bill, which says:

(2) The court may exclude evidence the admissibility of which is tenuous, the probative force of which is trifling in relation to the main issue and the admission of which would be gravely prejudicial to a party.

He said that rather than having the necessity for the existence of all three of these conditions in order for the court to have the discretion to exclude evidence, it should be read disjunctively so that the existence of any one of the conditions

[Traduction]

contre-interroger un inculpé sur son casier judiciaire. L'article 91 stipule que le conjoint d'un inculpé peut être contraint de témoigner pour la défense, et non pas seulement autorisé à le faire, comme le stipule la Loi sur la preuve au Canada actuellement en vigueur. La demande de reconnaissance du droit au secret conjugal peut être présentée par l'auteur de la déclaration, et non plus seulement par son bénéficiaire, et le droit au secret conjugal existera même après la dissolution du mariage, le cas échéant, ou après la mort. Ces mesures visent évidemment à venir en aide à l'inculpé. Le fardeau incombera toujours à la Couronne pour déterminer si l'aliénation mentale d'une personne peut l'empêcher de subir un procès. Ce n'est pas le cas dans le moment. Le fardeau initial est à la charge de l'inculpé.

Nous n'accepterons pas qu'une condamnation qui pourrait être recevable en matière civile, comme la reconnaissance d'adultère ou de diffamation, soit utilisée en cas d'appel car cette décision annulerait un jugement rendu par la Cour suprême du Canada à ce sujet.

Quand le tribunal ordonne qu'il y ait un examen psychiatrique, le projet de loi stipule qu'il est irrécusable en preuve dans toute procédure devant un tribunal. En d'autres termes, tout ce que dira un client qui est tenu de subir un examen psychiatrique sera tenu secret. Ce n'est pas le cas dans la loi actuelle.

Lorsqu'un aide-mémoire est utilisé hors la présence du tribunal, il semble, à l'heure actuelle, que rien ne permet d'ordonner qu'il soit produit à l'autre partie. Cette lacune sera corrigée.

En ce qui concerne le fait de contre-interroger un inculpé sur son mode de vie, le procès du groupe Boyd dont on a parlé à la télévision l'autre jour me revient à l'esprit. On ne peut interroger l'inculpé sur ses antécédents. Dans une cause entendue à Moncton par le juge Spence, on a laissé entendre que cela était permis. Il y a plusieurs aspects, ajoutent-ils, probablement aux articles 16, 17 et 18 du projet de loi, qui augmentent les droits des accusés. Le projet de loi n'est certainement pas partial dans le sens qu'il ne retire pas de droit à l'accusé et j'estime qu'il faut bien le préciser.

Voilà ce que j'avais à dire, madame le président.

Le président: Merci. Vos explications ont été très utiles, M. Ewaschuk. J'aimerais que nous entendions tout de suite un autre témoin parce que le temps nous presse. M. Tollefson allez-vous parler de questions en matière civile?

M. Tollefson: Oui, madame le président. M. Gauley, C.R., a soulevé, au nom de l'Association du Barreau canadien, peut-être six ou huit points concernant les témoignages en matière civile. Il a fait allusion, par exemple, au paragraphe 22(2) du projet de loi qui stipule:

(2) Le tribunal peut écarter un élément de preuve dont la recevabilité tient à une subtilité, dont la force probante est négligeable par rapport au principal et dont l'admission porterait un préjudice grave à une partie.

Il a fait valoir qu'une seule de ses conditions, et non pas la présence des trois conditions, devrait suffire à permettre au tribunal d'écarter un élément de preuve. C'est un point très important parce que les provinces ont des opinions très fermes

[Text]

would be sufficient. This is a very important point, because it is one on which the provinces have strong views. As I mentioned earlier, the Uniform Evidence Act is, of course, a compromise between the federal government and the provinces. The present rule is the one that we see stated in subclause (2). This comes from the Supreme Court decision in *The Queen v. Ray*, and it was reaffirmed by the Supreme Court in the *Rothman* case a couple of years ago.

It is a very narrow provision, as you can see, and you will remember that in the Charter, section 24(2), a discretion has been given to the judge to exclude evidence that brings the administration of justice into disrepute in relation to one of the protected values in the Charter.

When we were discussing this in the Uniform Law Conference, the provinces, of course, were not very keen on the Charter, and we said, "Well, we in the federal government cannot do something that would be contrary to federal policy." We could see the Charter coming into effect very shortly, and we therefore indicated to them that this rule would have to be subject to anything that was passed in relation to the Charter.

Subclause 22(1) of the bill says:

Relevant evidence is admissible unless it is excluded pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Act or any other Act or law, and evidence that is not relevant is not admissible.

So we have covered all of that.

We expanded the judge's discretion via the Charter. We had suggested, in formulating this bill, that we could perhaps expand the Charter provision ever so slightly so that whenever any evidence brought the administration of justice into disrepute, whether that was in relation to a protected value under the Charter, or in relation to something else, the judge should have the discretionary power to exclude it. The provinces, with the exception of two, said, "No. Let us deal with the Charter cases first. Let it get run through the system first. Don't make too many changes at once in this area, and we can look at it again later on." For the moment the provinces do not want to go any further than is indicated in clause 22.

I might just say that if the Canadian Bar Association provision were introduced, this would be a very broad discretion indeed—broader than in the United States and in England—and I am not sure, really, that they intended that. Certainly Mr. Gauley did not seem to be aware that this would be as extensive as it appears to be. That, therefore, is our reason for not making any changes in relation to clause 22. Basically it is because of the fact that this is a document which has been worked at in conjunction with the provinces, and the provinces say, "No, don't go any further than this."

Senator Bosa: In relation to the exclusionary clause?

Mr. Tollefson: Yes.

Senator Bosa: Which two provinces are against it?

[Traduction]

à ce sujet. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la Loi uniforme sur la preuve est bien sûr un compromis entre le gouvernement fédéral et les provinces. La règle en vigueur actuellement est celle qui est énoncée au paragraphe (2). Elle émane de la décision rendue par la Cour Suprême dans la cause de *La Reine c. Ray* et a été confirmée par une autre décision de la Cour Suprême dans la cause *Rothman* il y a quelques années.

Il s'agit d'une disposition très limitée, comme vous pouvez voir, et je vous rappelle que selon le paragraphe 24(2) de la Charte des droits et libertés, le juge peut écarter des éléments de preuve si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en ce qui concerne les droits ou libertés garantis par la Charte.

Quand nous avons discuté cette question à la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, les provinces bien sûr n'étaient pas très enthousiastes au sujet de la Charte des droits et il a été décidé que le gouvernement fédéral ne pouvait pas aller à l'encontre de la politique fédérale. Nous savions que la Charte allait entrer en vigueur sous peu et nous avons indiqué que cette règle devrait être assujettie à toute mesure adoptée en rapport avec la Charte.

Le paragraphe 22(1) du projet de loi stipule:

Tout élément de preuve pertinent est recevable, sauf mise à l'écart découlant de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la présente loi ou d'une autre loi ou règle de droit. Tout élément de preuve non pertinent est irrecevable.

Nous avons donc étudié toute la question.

Nous avons étendu les droits du juge dans la Charte. Nous avons proposé, dans le présent projet de loi, que nous pourrions peut-être étendre un peu la portée de la Charte pour que si l'utilisation de l'élément de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que ce soit à propos des droits ou libertés garantis par la Charte ou à propos d'autres choses, le juge aurait les pouvoirs de l'écarter. Les provinces, à l'exception de deux, ont refusé cette proposition. Elles voulaient s'en tenir d'abord à la Charte pour bien l'intégrer dans le régime. Elle ne voulait pas apporter trop de changements dans ce domaine, quitte à étudier la question plus tard. Pour le moment, les provinces ne veulent rien changer comme l'indique l'article 22.

J'ajouterais que, si la disposition proposée par l'Association du Barreau canadien était adoptée, le pouvoir accordé serait très étendu, plus étendu qu'il ne l'est aux États-Unis et en Angleterre, et je suis vraiment convaincu que c'était là leur intention. M. Gauley ne semblait pas se rendre compte de toute sa portée. Voilà pourquoi nous refusons de modifier l'article 22. Fondamentalement, c'est parce que ce document a été étudié avec les provinces et que les provinces ont refusé tout changement.

Le sénateur Bosa: A propos de la disposition d'exclusion?

M. Tollefson: Oui.

Le sénateur Bosa: Quelles sont les deux provinces qui s'y sont opposé?

[Text]

Mr. Tollefson: All provinces are against going further than we have gone, except for Manitoba and, I believe, one of the maritime provinces, the name of which escapes me for the moment.

Now, perhaps I might turn to another statement by Mr. Gauley. He refers to clause 37 of the bill, which provides for the receipt of the reports of experts without the necessity of calling the experts. It also provides, in subclause (2), that if the side that wishes to use this testimony, or this report, does not send a copy of that report to the other party 10 days before the trial, then the court will prevent them from calling the evidence, unless there are extenuating circumstances. Mr. Gauley said that that could be a very difficult situation, because you may not know whether you wanted to call the expert or not. I might say that this section was introduced on the basis of experience in two provinces, Nova Scotia and British Columbia, which have precisely this sort of legislation. Indeed, Mr. Justice Murray, who was referred to by the members of the Canadian Bar Association group as being the one we should listen to, was very strongly in favour of this division. He said that it had worked extremely well in British Columbia, that it had saved a great deal of time for the courts and a great deal of inconvenience for the expert witnesses. Why bring them into court if they are not needed? You could just use their report. If you had the report in advance, of course, you would not have to take as much time with the witness if he were called.

Is it necessary to have a rule that says you cannot call the witness unless you have circulated his report in advance? I think it is, because unless there are some enforcement provisions of this nature, then, of course, counsel, who are often very busy people and do not want to show their hand, necessarily, will simply disregard the rule and will go on doing what they have been doing for decades. If you wish to achieve the purpose of that clause you have to have an enforcement provision. If, on the other hand, counsel has a good reason—for example, he did not know that the evidence was going to go in a particular direction, or he did not have the report available and could not possibly have had it available to circulate to the other parties beforehand—then I would have thought that this would be a case where the judge could exercise his discretion and either shorten the time period for circulating the material, or allow the material in without any notice at all. It has worked well in the jurisdictions that have it, and I think it is certainly something we can follow profitably here.

Mr. Gauley also spoke about clause 40, which allows the court to appoint its own expert in civil cases. He said that this would, in effect, put the judge down into the arena, and put his partiality in doubt, as it would appear that he was taking one side or the other. He said that this was a major change.

Perhaps this danger does exist, although sometimes you have to get down into the arena in order to do justice, I think. Certainly in criminal cases the judges have had, traditionally, this power to appoint expert witnesses. In some jurisdictions in

[Traduction]

M. Tollefson: Toutes les provinces s'opposent à ce que soient prises des dispositions plus strictes, à l'exception du Manitoba et, je crois, d'une des Provinces Maritimes, quoique je ne saurais vous dire laquelle.

Je voudrais maintenant parler d'une autre déclaration faite par M. Gauley, concernant l'article 37 du projet de loi, qui autorise la production d'un rapport fait par un expert, sans que celui-ci soit nécessairement cité à témoigner. En outre, en vertu du paragraphe (2) de cet article, la partie qui entend présenter ce témoignage ou ce rapport est tenue d'en fournir un exemplaire à la partie adverse dix jours avant le procès, sans quoi le tribunal peut lui interdire de produire ces preuves, sauf en vertu de circonstances atténuantes. Selon M. Gauley, cette situation peut se révéler très délicate puisqu'il est parfois impossible de savoir à l'avance s'il y a lieu de faire témoigner un expert. Je voudrais préciser que cet article a été établi à la lumière de l'expérience de deux provinces, la Nouvelle-Écosse et la Colombie-Britannique, qui appliquent précisément ce genre de réglementation. En effet, le juge Murray, qui s'est acquis le respect des membres de l'Association du barreau canadien, appuyait très fortement cette disposition. À son avis, ce système s'était révélé très efficace en Colombie-Britannique, et s'était solvé par des économies considérables de temps pour les tribunaux et d'efforts pour les experts cités à témoigner. Pourquoi les faire comparaître inutilement devant un tribunal? Nous pourrions nous en tenir à leur rapport. Évidemment, si ce rapport était produit à l'avance, cela exigerait beaucoup moins de temps que le fait d'entendre son témoignage.

Est-il nécessaire de préciser dans la loi qu'il est interdit de citer un témoin à comparaître à moins d'avoir produit son rapport à l'avance? Je crois que oui, puisqu'en l'absence de telles dispositions coercitives, les avocats, qui sont des gens fort occupés et qui ne souhaitent pas nécessairement exposer leur stratégie, outrepasseront cette condition et continueront à agir comme ils le font depuis plusieurs décennies. En fait, l'objectif visé par cet article de loi ne peut être réalisé en l'absence de mesures coercitives. Par contre, si l'avocat a de bonnes raisons, par exemple s'il ignorait que la procédure allait prendre une telle tournure, ou si le rapport n'avait pu être produit à temps pour être fourni aux autres parties, je crois que la question pourrait être laissée à la discrétion du juge, qui serait en mesure soit de repousser le délai prescrit pour la production des documents, soit d'admettre les documents sans préavis. Cette disposition s'est révélée efficace dans les systèmes juridiques qui l'ont adoptée, et je crois qu'elle pourrait également être avantageuse dans notre contexte.

M. Gauley a également mentionné l'article 40, qui permet à un tribunal de désigner son propre expert dans les procédures civiles. À son avis, cette disposition acculerait, en quelque sorte, le juge au pied du mur et mettrait en doute son impartialité, puisqu'il semblerait se prononcer pour un côté ou pour l'autre. Selon lui, il s'agit là d'une modification de grande importance.

Il est possible que ce danger existe, encore qu'à mon avis, il faille parfois savoir trancher, de manière à rendre justice. Il est certain que dans les procédures criminelles, les juges bénéficient, depuis longtemps, de ce pouvoir de citer des experts à

[Text]

Canada—in Nova Scotia in particular—the rules of court permit the court to appoint their own experts. Of course, the advantage of the court-appointed expert is that there is, at least, some possibility that you are going to get an unbiased opinion.

The Chairman: Remote!

Senator Frith: That is not to suggest that there is no possibility of an unbiased opinion in the case of an expert called by one of the parties, I hope.

Mr. Tollefson: As you are aware, if you are calling an expert you are entitled to call the expert that will give the testimony most favourable to you. You would be rather foolish if you did not. So if you have a court-appointed expert—

Senator Frith: Expert testimony can, of course, be both impartial and favourable.

Mr. Tollefson: All your witnesses are like that, senator, I am sure.

The other point about that is this. Mr. Gauley referred to the practice of appointing assessors. He said that we are accustomed to this, and this is all right. The strange thing is that I would have thought that this was more objectionable than having the court appoint an expert, because you do not know what the assessor is saying in the ear of the judge. You have no control over him at all; whereas the court-appointed expert is subject to cross-examination.

Senator Frith: By both parties, if it is considered adverse.

Mr. Tollefson: That's right. So I really cannot agree with Mr. Gauley's comments on that point.

Senator Frith: That is right. If there is a court-appointed expert, he is subject to cross-examination by both parties.

Mr. Tollefson: That's right. On "hearsay", clause 45, Mr. Gauley said that apparently we were creating a code. I think that we were trying to cover off as much as we could. He said, "There are other exceptions that you have not included and they should be included." Unfortunately he does not identify what those exceptions are. So far as we know, we have covered all the recognized exceptions. If you can come up with one, I would like to know what it is.

We have, of course, made a fundamental change which should simplify the law considerably with regard to civil cases. That is to say, if a declarant or his testimony is not available, then you can receive that evidence if it is first-hand hearsay. That sweeps away about 20 different exceptions. You then have just one principal exception.

As my colleague, Mr. Ewaschuk, has indicated, if there are other areas where you can say, as a matter of principle, that the evidence would be very reliable, even though it is hearsay, and the declarant would not be subject to cross-examination,

[Traduction]

témoigner. Dans certains systèmes juridiques du Canada, en particulier en Nouvelle-Écosse, certaines règles de procédure permettent aux tribunaux de désigner leurs propres experts. Bien entendu, l'avantage d'une telle pratique réside dans le fait qu'elles garantissent un certain degré d'impartialité dans les opinions exposées.

Le président: Un très faible degré!

Le sénateur Frith: J'espère bien que cela ne traduit pas l'abandon de tout espoir d'impartialité dans le cas des experts désignés par l'une des parties en cause.

M. Tollefson: Comme vous le savez, lorsque vous citez un expert à témoigner, vous avez le droit de faire appel à la personne susceptible de présenter le témoignage qui vous soit le plus favorable. Il serait plutôt insensé de ne pas se prévaloir de ce droit. Donc, lorsque le tribunal cite un expert . . .

Le sénateur Frith: Le témoignage d'un expert peut, évidemment, être à la fois impartial et favorable.

M. Tollefson: Je suis certain que c'est le cas pour tous vos témoins, sénateur.

Voici l'autre aspect de la question: M. Gauley a fait allusion à la pratique qui consiste à nommer un assesseur. Il a déclaré que nous y étions habitués, et qu'elle était acceptable. J'aurais pourtant cru que cette pratique était encore plus discutable que celle consistant à la désignation d'un expert par le tribunal, étant donné que vous ignorez totalement ce que l'assesseur murmure à l'oreille du juge. Vous n'exercez aucun contrôle sur lui, tandis que l'expert désigné par le tribunal, lui, peut être soumis à un contre-interrogatoire.

Le sénateur Frith: Par les deux parties, si son opinion est considérée comme étant défavorable.

M. Tollefson: En effet. Je ne peux donc m'entendre avec M. Gauley sur ce point.

Le sénateur Frith: C'est vrai. Si le tribunal cite un expert à témoigner, les deux parties peuvent lui faire subir un contre-interrogatoire.

M. Tollefson: Oui. Quand à l'article 45, sur le «oui-dire», M. Gauley a déclaré qu'apparemment, nous étions en train d'établir un code. Je crois que nous essayons simplement de couvrir le plus d'éventualités possible. Selon lui, nous aurions omis certaines dérogations qui auraient dû être mentionnées. Malheureusement, il ne précise pas lesquelles. Au meilleur de nos connaissances, nous avons couvert toutes les dérogations reconnues. Si vous croyez en connaître d'autres, je voudrais bien en entendre parler.

Évidemment, nous avons opéré un changement fondamental qui devrait simplifier considérablement la loi en ce qui a trait aux procédures civiles. Lorsque l'auteur d'une déclaration ne peut comparaître ou que son témoignage n'est pas disponible, la preuve demeure recevable, s'il s'agit de oui-dire de première main. Cette disposition regroupe en une même dérogation quelque 20 cas différents.

Comme l'a indiqué mon collègue, M. Ewaschuk, si dans d'autres cas il est possible de déterminer qu'en principe, la preuve provient de source très sûre, quoiqu'il s'agisse de oui-dire, et que l'auteur de la déclaration ne serait pas soumis à un

[Text]

the court has the power to cover off that situation and allow a new exception to develop. So I think this is more in terms of a question by Mr. Gauley rather than an absolute objection. However, I thought I should deal with it.

He deals with the unavailable declarant, clause 50. I am not quite sure of the meaning of his comment. He says that it might affect the present rule in relation to an examination for discovery. There are a couple of points here. First, if he is talking about the application of the rules of hearsay in the examination for discovery itself, then I would refer him to clause 4 of the bill, which says specifically that these rules do not apply to an examination for discovery.

The reason for this is that the task force felt that the rules were more flexible in an examination for discovery and they should remain that way. If he is talking about the use of the evidence, the subsequent hearing, we have left the law the way it is. This is not hearsay, because it is a statement in an earlier step in the same proceeding, and by definition that is not hearsay. Therefore you do not have to look at the hearsay provisions at all. In fact, there is nothing in the bill which says that this would or would not be admissible. You have to go back to the common law. So we have not made any change in that regard. Frankly, I cannot see any reason why the evidence should not go in, but, in fact, there has been no change by virtue of this bill.

He refers finally to the question of privity. Clause 60 of the bill does away with the exception to the hearsay rule that was based upon privity of estate. It says:

The rule whereby a statement is admissible against a party if made by a person in privity with the party in estate or interest or by blood relationship is abrogated.

Mr. Gauley's comment was, "Would not this affect the evidence of partners?" Traditionally the evidence of one partner has been receivable against the other, as an exception to the hearsay rule. The answer to that is no, it would not, because partners are not considered to be privies. They are agents.

I do not know how many years of experience we have between us, but I do not think any of us knows of a case where the privity exception has been used. How frequently have you had cases involving co-partners, bishops, vicars, and so forth? That is the kind of thing. In any event, our view would be that the rules provided for the reception of first-hand hearsay when the declarant is not available would cover most of the situations, and to the extent that they do not cover them we are not at all sure that a statement by your predecessor in title or your ancestor really should be attributable to you.

[Traduction]

contre-interrogatoire, le tribunal peut pourvoir à cette situation en permettant l'établissement d'une nouvelle dérogation. Je crois donc qu'il s'agisse plutôt d'une question formulée par M. Gauley, que d'une objection absolue. Cependant, j'ai cru bon de vous soumettre le problème.

M. Gauley fait allusion à l'article 50, concernant la non-disponibilité de l'auteur d'une déclaration. Je ne suis pas très certain du sens de son observation. A son avis, cette disposition risque d'avoir des répercussions sur la règle actuelle, en ce qui a trait à l'interrogatoire préalable. Cette déclaration trouve plusieurs interprétations. D'abord, s'il veut parler de l'application des règles sur le oui-dire lors de l'interrogatoire préalable comme tel, je le renverrais à l'article 4 du projet de loi, qui précise que ces règles ne s'appliquent pas à l'interrogatoire préalable.

En fait, le groupe de travail était d'avis que les règles s'appliquant à cette interrogation étaient plus souples, et qu'elles devaient demeurer ainsi. S'il veut parler de l'usage de la preuve lors de l'audience subséquente, nous n'avons apporté aucune modification sur ce plan. Par définition, il ne s'agit pas de oui-dire, étant donné que nous parlons désormais d'une déclaration faite dans une étape antérieure du même procès. Par conséquent, il n'y a pas lieu de reconsidérer les dispositions en matière de oui-dire. En fait, le projet de loi n'établit aucunement si ce genre de preuve est admissible. Il faut se référer à la Common law. Nous n'avons apporté aucune modification sur ce plan. En vérité, je ne vois vraiment pas pourquoi la preuve ne pourrait être admise mais, quoi qu'il en soit, ce projet de loi ne traite aucunement cette question.

Enfin, M. Gauley aborde le problème des personnes liées. L'article 60 du projet de loi abolit en ces termes la dérogation relative à la règle du oui-dire quant aux responsabilités liées à la propriété commune:

Est abolie la règle qui permet la recevabilité contre une partie de la déclaration d'une personne qui a avec cette partie une propriété ou des intérêts communs ou un lien par le sang.

M. Gauley avait posé la question à savoir si cette disposition ne risquait pas d'influer sur le témoignage des partenaires en affaires. Traditionnellement, en vertu d'une dérogation à la règle du oui-dire, une déclaration faite par un partenaire est recevable contre l'autre. Pour répondre à la question de M. Gauley, les partenaires ne seraient pas visés par cette modification étant donné qu'ils sont considérés comme étant des personnes liées, en d'autres termes des agents réciproques.

Malgré tout le bagage d'expérience des personnes ici présentes, je ne crois pas qu'un seul d'entre nous ait été témoin d'une affaire dans laquelle la dérogation concernant les personnes liées avait été invoquée. Combien de fois avez-vous eu connaissance d'affaires mettant en cause des partenaires, des évêques, des vicaires, et ainsi de suite? C'est de ce genre de choses qu'il s'agit. Quoiqu'il en soit, nous sommes d'avis que les règles qui régissent la recevabilité du oui-dire de première main, dans les cas de non disponibilité de l'auteur d'une déclaration, couvrent la grande majorité des situations; pour ce qui est des rares exceptions, il n'est pas prouvé qu'une déclara-

[Text]

Those are our comments with respect to Mr. Gauley's references in relation to civil matters.

Le président: M^e Bertrand.

Me G. Bertrand, c.r., premier conseiller législatif, ministère de la Justice: Merci beaucoup, madame le président. Je ne parlerai pas très longtemps parce que je sais que le temps à votre disposition est limité. J'aimerais restreindre mes commentaires à trois points qui ont été soulevés par l'Association du Barreau canadien et notamment par M^e Tremblay.

Concernant le projet de loi S-33, la majeure partie de l'argumentation de M^e Tremblay était à l'effet que S-33 aurait pour effet de créer deux règles de preuve parallèles, au Canada, alors qu'en réalité la situation demeure la même, comme elle est aujourd'hui. Le rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, a recommandé à l'unanimité que dans toutes les procédures civiles qui relèvent de la compétence législative du Parlement du Canada, le droit de la preuve en vigueur dans la province où les procédures sont intentées, s'applique à ces procédures sous réserve la présente loi et des autres lois du Parlement du Canada.

J'aimerais ajouter à ceci qu'il serait invraisemblable que si nous avions voulu établir des règles de preuve allant à l'encontre de la juridiction du Québec, comme le témoigne l'a laissé entendre, il y aurait eu une réaction immédiate et les fonctionnaires du Québec ne travailleraient pas avec nous, comme c'est présentement le cas, sur ce projet. Cette recommandation d'une loi modèle qui a été adoptée à Whitehorse lors de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada au mois d'août 1981, a été faite avec la participation des représentants du Québec de même que les autres provinces.

Du témoignage de M^e Tremblay, j'ai l'impression que le Barreau ne semble pas trop bien connaître ce qu'est la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. Cela devrait pourtant être facile, puisque c'est une conférence qui remonte à 1918 et qui a été créée justement par l'Association canadienne du Barreau.

Je ne voudrais pas non plus revenir sur le point qui a été mentionné concernant le manque de consultations entre la Conférence et l'Association canadienne du Barreau; qu'il suffise de mentionner que la tradition veut que le président sortant de la Conférence fasse un rapport sur les activités de la Conférence à l'assemblée annuelle de l'Association canadienne du Barreau. Ceci a été fait à Vancouver au mois d'août 1981 lorsque le président sortant, M. O'Donoghue, a présenté son rapport au Barreau canadien.

La Conférence a pour but, justement, de recommander aux divers gouvernements des lois uniformes. Ces avis sont consultatifs. Le Barreau a fait état, également—je ne dis pas de la version française, on a employé le terme «traduction»—et je pense qu'il y a là aussi à la lumière des commentaires de M^e Tremblay et également des commentaires dans le mémoire qui a été présenté à votre comité, qu'ils ignorent, au Barreau, la façon de rédiger les lois au gouvernement fédéral, en situation

[Traduction]

tion faite par un prédécesseur en titre ou par un ancêtre puisse vous être attribuée.

Voilà qui conclut nos observations sur les propos de M. Gauley en ce qui a trait aux procédures civiles.

The Chairman: Mr. Bertrand

Mr. G. Bertrand, Q.C., Chief Legislative Council, Department of Justice: Thank you very much, Madam Chairman. I will be brief as I know your time is limited. I would like to focus my remarks on three points which were brought up by the Canadian Bar Association, especially by Mr. Tremblay.

Concerning Bill S-33, Mr. Tremblay's main point was to prove that this Bill would give rise to two parallel sets of rules of evidence in Canada, although, quite to the contrary, the situation has remained the same as it is today. The report of the Federal-Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence recommended unanimously that in all civil proceedings which come under the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada, the law of evidence in the province where the proceedings are initiated should apply subject to the present act and other Statutes of the Parliament of Canada.

I would like to add that if our intention had been to establish rules of evidence contrary to the jurisdiction of Quebec, as the witness has suggested, this would most likely have brought about an immediate reaction and Quebec officials would not be working with us on this bill as is now the case. The recommendation to draw up a model legislation was adopted in Whitehorse, at the August 81 Uniform Law Conference of Canada, with the participation of official representatives from Quebec and from the other provinces.

According to Mr. Tremblay's remarks, I have a feeling the Bar is not too familiar with the Uniform Law Conference of Canada. This should not be too difficult since this conference was held in 1981 and was sponsored precisely by the Canadian Bar Association.

I would rather not go back to the subject of the lack of consultation between the Conference and the Bar Association. Suffice it to point out that according to tradition, the outgoing Chairman of the Conference reports on the activities of the Conference at the Canadian Bar Association Annual Meeting. This was done in Vancouver, in 1981, when the outgoing Chairman, Mr. O'Donoghue, presented his report to the Canadian Bar.

The aim of this Conference is precisely to recommend uniform evidence laws to the various governments. It has a purely advisory role. The Bar also referred to—I am not speaking of the French version—they used the word "translation", and I think that in view of Mr. Tremblay's remarks and of the comments made in the brief submitted to your Committee, the Bar does not quite understand how legislation is drafted at the Federal Government in a bilingual context. We

[Text]

du bilinguisme. Ce que nous essayons de faire, de plus en plus, c'est de nous éloigner de la traduction servile, de la traduction littérale qui est dangereuse parce que finalement, il s'agirait de mettre des mots français dans une structure grammaticale anglaise pour plutôt nous conformer au principe suivant: Rendre exactement, dans les deux versions, le même concept juridique, mais en conformité avec le génie de la langue, que ce soit l'anglais ou que ce soit le français, les deux langues officielles.

Évidemment, nous avons des contraintes lorsqu'il s'agit de modification des lois. Là nous avons le corset, la structure de la loi existante et il faut assurer une certaine cohérence avec le texte qui existe déjà. Lorsqu'il s'agit d'une loi nouvelle ou lorsqu'il s'agit de remanier une vieille loi, ou une loi que l'on sait a été traduite, et sachant également qu'à l'époque la loi était tout d'abord rédigée en anglais et ensuite traduite sans qu'il ait échange entre les rédacteurs, évidemment nous essayons maintenant dans la mesure du possible, d'améliorer la qualité de français de cette version française. Contrairement à ce que semble être l'impression du Barreau, nous travaillons en étroite collaboration. Lorsqu'un projet est approuvé pour rédaction, immédiatement il y a un rédacteur anglophone et un rédacteur francophone qui travaillent ensemble, qui ont accès aux mêmes documents, aux mêmes réunions, aux mêmes experts. L'on essaie, de cette façon là, de rédiger des lois qui rendent justice au génie de la langue, que ce soit le français ou l'anglais.

Le sénateur Frith: Est-ce qu'ils sont avocats, les traducteurs, normalement?

Me Bertrand: Ce ne sont pas des traducteurs, ce sont tous des avocats. Nous sommes 18. Il y a neuf avocats francophones, et neuf avocats anglophones.

Le sénateur Frith: Toujours traducteurs-avocats?

Me Bertrand: Non, sauf peut-être pour une loi qui est modificatrice. Lorsqu'il s'agit d'une nouvelle loi, il y a deux avocats, un francophone, un anglophone, et dépendant des circonstances on sera le premier rédacteur et l'autre le deuxième rédacteur au dossier. C'est un peu comme l'architecte et l'ingénieur. Ils travaillent à monter un projet de loi dans les deux langues. C'est un travail d'équipe. On ne peut pas dire que c'est de la traduction. Auparavant, il y avait d'abord une traduction qui se faisait et là . . .

Le sénateur Frith: Ceux qui y travaillent, sont toujours des avocats? C'est là mon point.

Me Bertrand: Oui et nous sommes neuf de chaque groupe.

D'ailleurs, le sénateur Tremblay, par pure coïncidence, a rencontré l'autre pour un de ces avocats alors qu'il y avait un problème d'interprétation d'un projet de loi.

Tout ceci est pour vous dire que nous tentons de rédiger les lois du Canada dans le meilleur anglais possible et dans le meilleur français possible. Il y a eu des critiques, mais nous ne sommes pas non plus têtus, nous regardons de près les recommandations qui peuvent nous être faites et faire des corrections quand c'est nécessaire.

Étant donné qu'il y a très peu de temps, madame le président, je préfère terminer mes remarques ici, même si j'aurais aimé peut-être parler plus longuement de ce que je considère être mon sujet favori, un sujet qui me tient bien à cœur.

[Traduction]

are trying more and more to stay away from a subservient or literal translation which, can ultimately be dangerous, because it amounts to placing French words in an English grammatical structure. We try to abide by the following principle: That both versions convey exactly the same legal concepts, albeit with due regard to each language's genius, be it English or French, the two official languages.

Regarding the amending of legislation, we are of course under some constraints. In such cases, we must abide by the structure of the existing law and ensure that it is consistent with the existing text. In the case of a new legislation or of the redrafting of an old one, or of a law that was translated to start off with, knowing that laws were then first drafted in English and translated without any form of exchange between drafters, we now try of course, as much as possible, to improve the quality of the French version. Contrary to what the Bar's apparent—impression, we work closely together. When a bill has been approved for drafting, two drafters, one Anglophone and one Francophone, immediately get down to work together and they have access to the case documents, the same meetings and the same experts. These efforts aim at improving the drafting of laws, in French and in English, in a manner consistent with the genius of each language.

Senator Frith: Are the translators normally lawyers?

Mr. Bertrand: They are not translators, they are all lawyers. We are 18 in all, 9 Francophones and 9 Anglophones.

Senator Frith: All of them lawyer-translators?

Mr. Bertrand: No, except perhaps for one Act which is an amending act. In the case of a new legislation, there are two lawyers, one Francophone and one Anglophone and according to circumstances one would be the first drafter and the other the assistant drafter. It is a bit like the architect and the engineer. They work together to set up a bill in both languages; it is more teamwork than translation. Formerly, there are first a drafting then a translation . . .

Senator Frith: Those who work on it are all lawyers? That is my point.

Mr. Bertrand: Yes, and there are nine in each group.

Incidentally, by sheer coincidence, Senator Tremblay met one of these lawyers the other day when there was an interpretation problem with a bill.

All this comes down to saying that we try to draft Canadian legislation in the best English and in the best French possible. There has been some criticism but we are not stubborn and we take into consideration any recommendation that might be made to us and try to make corrections where necessary.

Since we are pressed for time, Madam Chairman, I prefer to end my presentation here although I would have liked to speak at greater length on what I consider to be my favorite subject.

[Text]

Le président: Merci, M^e Bertrand.

Le sénateur Deschatelets: Est-ce que je peux poser une question à M^e Bertrand?

Le président: Oui, sénateur Deschatelets.

Le sénateur Deschatelets: M^e Bertrand, dans le témoignage de M^e Tremblay lors de la dernière séance, je relève quelques mots qui semblent dire que si nous acceptons un projet de loi tel quel . . .

. . . au Québec du moins, elle accroîtrait la confusion en établissant deux ensembles de règles sur la preuve dans un domaine où il n'y en avait qu'un seul.

Alors, M^e Tremblay, en d'autres termes, il dit: Faisons la distinction entre le droit pénal qui est de juridiction fédérale et qui peut certainement être uniformisé et amélioré, car à cela, il n'y a pas de problème.

Comme vous avez le droit civil dans la province de Québec, il dit que ce bill va provoquer une confusion parce qu'il y aura alors deux règles de droit, vu que ce projet de loi empiète. En plus, dans les expressions ou les traductions françaises que vous avez notées tout à l'heure, lui en a donné à peu près une quinzaine. Pouvez-vous élaborer brièvement là-dessus?

Me Bertrand: Il y a deux choses que vous soulevez, M. le sénateur Deschatelets, dans votre question.

La première, c'est que la Loi de la preuve à l'heure actuelle, dit qu'elle s'applique à toutes les procédures civiles ainsi qu'à toutes les autres matières de la compétence du Parlement du Canada. Alors la situation n'est pas changée. Ce que nous avons dans la nouvelle loi dit très bien que:

3. Sous réserve des articles 4 et 5, la présente loi s'applique aux procédures ou actes de procédure de compétence fédérale en instance devant les tribunaux ou destinés à recueillir des éléments de preuve sur ordonnance judiciaire.

On ne crée donc pas une nouvelle règle, on ne crée pas un nouveau système.

Quant à la deuxième partie de votre question, eh bien, au cours des années, il s'est peut-être incrusté, dans la langue juridique, concernant la preuve, beaucoup d'expressions que l'on a souvent employées en traduction littérale. Nous essayons d'éliminer ces anglicismes ou ces barbarismes—non pas que la langue anglaise soit barbare, c'est une langue très belle que j'admire beaucoup—ce que je veux dire, c'est que l'on essaie de faire une amélioration. À la lumière des commentaires que j'ai reçus sur le projet de loi. Je dois vous dire que l'on n'a pas attendu que le Barreau vienne nous dire qu'il n'avait jamais vu le projet; il y a d'autres gens qui l'ont vu et qui ont fait valoir qu'à certains endroits, l'on changerait peut-être le concept juridique. Nous avons écouté ces commentaires et nous aurons l'occasion, certainement, lors d'un nouveau dépôt du projet ou lors de son étude, d'effectuer des changements qui, selon nous, enlèveraient effectivement des possibilités de nous éloigner du concept juridique.

Car je garde toujours présent à l'esprit notre mode d'opération de rendre le même concept juridique dans les deux langues

[Traduction]

The Chairman: Thank you, Mr. Bertrand.

Senator Deschatelets: May I ask a question of Mr. Bertrand?

The Chairman: Yes, Senator Deschatelets.

Senator Deschatelets: Mr. Bertrand, it seems to me that when Mr. Tremblay appeared before us at an earlier meeting he used a few words that seem to say that if we accept a bill as is . . .

. . . in Quebec at least it will create more disharmony because there will be two sets of rules of evidence in an area where you formerly had only one set of evidence rules.

In other words, Mr. Tremblay was saying that we must make a distinction between civil law and criminal law which comes under federal jurisdiction and which can certainly be made uniform and improved, for that presents no problem.

Since the province of Quebec in governing by Civil code, he said that the bill would create disharmony because there will then be two rules of law due because of the infringement of the bill. There is also the question of the French expressions or translations that you mentioned earlier, he noted fifteen examples more or less. Can you elaborate briefly on that?

Mr. Bertrand: Senator Deschatelets, your question raises two points.

The first is that the present Evidence Act states that it applies to all civil proceedings as well as to any matter under the jurisdiction of the Parliament of Canada. So the situation remains unchanged. The new act states very clearly:

3. Subject to sections 4 and 5, this Act applies to every proceeding and stage of a proceeding within the jurisdiction of the Parliament of Canada that is before a court or that is held for the purpose of taking evidence pursuant to a court order.

We do not then create a new rule or a new system.

Concerning the second part of your question, I would say that over the years, a great number of expressions relating to evidence came to be used in the literal translation of legal texts. We are trying to eliminate these anglicisms or barbarisms—and I am not saying that the English language is barbarous, it is a beautiful language which I appreciate greatly—but my point is that we are trying to improve the drafting. Given the comments that I have received concerning the bill, I must say that we did not wait for the members of the Bar to come and tell us that they had never seen the bill. Other people have seen it and have suggested that in certain places we might be introducing a different legal concept. We listened to those comments and we will certainly have the opportunity, when the project is tabled again or when it is studied, to introduce changes, which in our view, might in fact remove any possibility of straying from the legal concept.

I always keep in mind that our purpose is to express the same legal concept in both official languages in keeping with

[Text]

officielles en conformité avec le génie de la langue. Je suis prêt à admettre qu'à certains endroits dans le projet S-33, nous n'avons peut-être pas rendu tout à fait le même concept juridique. Suivant votre suggestion, l'autre jour, sénateur Deschatelets, lorsque vous avez suggéré que les membres du Barreau et nous, nous nous rencontrions dans l'après-midi, je peux dire que cette réunion a eu lieu.

Le sénateur Deschatelets: Je suis content.

Me Bertrand: M. McKercher et M. Gauley nous ont rencontrés, mais M^e Tremblay ne m'a pas fait la courtoisie de venir à la réunion. J'aurais pu lui expliquer beaucoup de choses à ce moment-là; je dois dire que c'est un avocat probablement très occupé!

Alors pour répondre à votre question, si, dans le projet de loi, il y a des divergences sur le plan juridique, elles seront corrigées. Par ailleurs, il y a beaucoup de changements que nous avons faits au texte actuel lorsqu'il n'y a pas d'impact juridique. Je ne sais pas si cela répond bien à votre question, sénateur Deschatelets?

Le sénateur Deschatelets: J'ai une dernière question. Vous prétendez que ce projet de loi ne crée aucun empiètement sur les pratiques de la règle de la preuve résultant du Code civil de la province de Québec. Cela n'y touche pas du tout?

Mr. Ewaschuk: No, and I think the point to be made is that—

Senator Deschatelets: I want to have this very clear.

Le sénateur Frith: Ce n'est pas exactement cela qu'il a dit; il a dit qu'un changement a eu lieu. Qu'il y ait un empiètement ou non, cela continue, mais aucun changement n'a eu lieu, si j'ai bien compris.

Mr. Ewaschuk: Yes, that is our position. Our position is that, although the wording of the application section now is 3 whereas in the old law it was 2, it continues to be the very same thing so that in all criminal proceedings it is the federal Evidence Act, the Canada Evidence Act.

Senator Deschatelets: There is no problem there.

Mr. Ewaschuk: No, there is no problem there, and it will continue to be the same in the other. Right now the practice is that if you have a divorce or a bankruptcy, which are within the federal legislative jurisdiction, you apply the civil rules; that is to say, the Civil Code in Quebec and in Ontario the Ontario Evidence Act, except where special evidentiary provisions are contained within those acts themselves. We do not purport to change a single thing so that, if you are in a divorce in Quebec or in a bankruptcy in Quebec, you still apply the general evidentiary provisions contained within the Civil Code. We do not purport to change a single thing.

So it is not a matter of going back and forth, as Me Tremblay told us: "Within the one proceeding you will be mixing this up and it will be confusing everybody." But there is no change. Perhaps we will have to reword this section in order to have the same wording as contained in the old section. It is a little bit different, but the intent is exactly the same.

[Traduction]

the genius of each language. I am willing to admit that in Bill S-33, we did not always express the same legal concept in both versions. You proposed the other day, Senator Deschatelets, that we meet with the members of the Bar in the afternoon and I would like to say that that meeting was held.

Senator Deschatelets: I am pleased to hear it.

Mr. Bertrand: Mr. McKercher and Mr. Gauley met with us but Mr. Tremblay was not kind enough to attend the meeting. I might have explained several things to him at that time; I must say that he is probably a very busy lawyer!

In answer to your question, if there are legal discrepancies in the bill, they will be corrected. Furthermore, we have made many changes of no legal consequences to the present text. I am not sure whether that fully answers your question, Senator Deschatelets.

Senator Deschatelets: I would like to ask one last question. You stated that the bill is in no way incompatible with any practices relating to evidence rules under the Civil Code of the province of Quebec. Does it have no such effect?

M. Ewaschuk: Non, et je ne crois pas que ce soit là un point crucial.

Le sénateur Deschatelets: Je voudrais que ce soit bien clair.

Senator Frith: That is not exactly what he said; he said that a change was made. Whether or not there is infringement, no change has yet been made, if my understanding is correct.

M. Ewaschuk: Oui, c'est bien ce que nous croyons. Nous sommes d'avis que, bien qu'il s'agisse désormais de l'article 3 et non plus de l'article 2, comme dans l'ancienne loi, les dispositions demeurent exactement les mêmes, de sorte que dans toutes les procédures criminelles, le texte réglementaire pertinent est la Loi fédérale sur la preuve.

Le sénateur Deschatelets: Cela ne pose aucun problème.

M. Ewaschuk: En effet, cela ne pose aucun problème, et il continuera à en être ainsi. A l'heure actuelle, la pratique veut que dans les cas de divorce ou de faillite, qui relèvent de la compétence fédérale, on applique les règles civiles, c'est-à-dire le Code civil, au Québec, et la loi provinciale sur la preuve, en Ontario, sauf lorsque des dispositions particulières à l'égard de la preuve sont prescrites dans ces textes de loi. Nous n'entendons aucunement modifier cette situation; par conséquent, si vous vous trouvez dans une procédure de divorce ou de faillite au Québec, vous demeurez assujetti aux dispositions du Code civil, en matière de preuve. Cela ne change pas.

Il ne s'agit donc pas de passer de l'un à l'autre, comme nous l'a dit maître Tremblay: selon lui, le fait de fonctionner avec ces deux paliers de réglementation aurait pour effet de brouiller les cartes. Toutefois, rien n'a été modifié. Il nous faudra peut-être reformuler cet article de manière à reprendre exactement le texte de l'ancien article. La formulation diffère quelque peu, mais l'objectif visé est le même.

[Text]

The Chairman: I just want to clarify one matter for myself. Part of the criticism, as I recall it and I have not been able to find the particular paragraph in the testimony, was that there were some discrepancies in the French version, and perhaps also in the English version, in that certain words or expressions here were different from similar words and expressions in the Criminal Code, and the suggestion was that there had to be some modifications to ensure that the same types of expressions were used in all circumstances.

Mr. Bertrand: Madam Chairman, as I just explained to Senator Deschatelets, if in the light of comments we have received and if in the light of our own revision, as we keep working on bills to make them perfect, we find that kind of discrepancy between the language of the Criminal Code, for example, and some of the existing bill, then we will, of course, make the necessary changes. If we have the latitude of employing a better expression when there would be no legal consequences, of course we will wish to do that.

The Chairman: Thank you very much indeed. You have clarified many of the questions raised in our minds as a result of the last hearing with the Canadian Bar Association. You have been very helpful to us.

Le sénateur Flynn: J'ai une question pour vous M^e Bertrand. Est-ce qu'on ne pourrait pas dissiper l'équivoque en disant que cette loi s'applique non pas dans le domaine civil fédéral, mais plutôt dans le domaine administratif. Vous venez de citer les cas de divorce et de faillite. Vous dites que c'est la loi de la province qui doit s'appliquer, par exemple la province de Québec. C'est dans le domaine administratif comme dans le domaine de l'impôt et autres semblables que la loi va s'appliquer au-travers le Canada; c'est dans le domaine administratif plutôt que civil.

Mr. Ewaschuk: Doesn't that depend on which court you go to?

Senator Flynn: I am not speaking of a civil court.

Mr. Ewaschuk: I know.

Senator Flynn: Federal jurisdiction in civil matters is really—

Mr. Ewaschuk: Limited.

Senator Flynn: ... limited, yes, and what you said is true: The provincial law will apply; but, federally, in the administrative federal laws this, of course, will be the law officially.

Mr. Ewaschuk: But you have to go back to the application section to determine whether or not it applies to those proceedings. Is it before a court? Is it pursuant to a court order? If it is before an administrative board, really they make their own rules.

Senator Flynn: I was not speaking of an administrative court, really. I am simply trying to find a case where this

[Traduction]

Le président: A titre personnel, je voudrais obtenir certains éclaircissements sur un point. Une partie des critiques formulées—je procède de mémoire puis que je n'ai pas pu retrouver le paragraphe exact dans le témoignage—concernait l'incohérence remarquée dans la version française, et peut-être également dans la version anglaise, quant à certains mots ou expressions qui différaient de ceux employés dans le Code criminel; on avait proposé, à cet égard, d'apporter certaines modifications pour faire en sorte d'assurer une certaine uniformité dans les termes employés pour décrire les différentes situations.

M. Bertrand: Madame le Président, comme je viens de l'expliquer au sénateur Deschatelets, si à la lumière des observations que nous avons reçues et de nos propres révisions, puisque nous travaillons constamment en vue de perfectionner les projets de loi, nous remarquons ce genre d'incohérence dans la terminologie du Code criminel, par exemple, et dans le projet de loi qui nous intéresse, nous nous chargerons évidemment d'apporter les modifications qui s'imposent. Si le contexte nous permet d'employer un terme mieux choisi sans entraîner d'incidences juridiques, nous nous ferons un plaisir de le faire.

Le président: Je vous remercie beaucoup. Vous avez éclairci bon nombre des questions qu'avaient suscitées notre dernière séance avec l'Association du Barreau canadien. Vous nous avez été des plus utiles.

Senator Flynn: I would like to ask Mr. Bertrand a question. Could we not remove the ambiguity by saying that the bill does not apply to federal civil matters but only to administrative proceedings. You have just given the examples of divorce and bankruptcies. You say that provincial legislation, for example that of the province of Quebec, must apply. The act will apply throughout Canada to administrative rather than civil proceedings.

Mr. Ewaschuk: Cela ne dépend-il pas du tribunal devant lequel vous vous présentez?

Le sénateur Flynn: Je ne parle pas de tribunal civil.

Mr. Ewaschuk: Je sais.

Le sénateur Flynn: La compétence fédérale dans les questions de droit civil est vraiment ...

M. Ewaschuk: Restreinte.

Le sénateur Flynn: ... restreinte, oui, et ce que vous avez dit est vrai: les lois provinciales s'appliquent, en effet; Toutefois, sur le plan de l'administration fédérale, c'est évidemment cette loi qui s'applique de façon officielle.

Mr. Ewaschuk: Mais il faut se référer à l'article pertinent pour déterminer si oui ou non il s'applique à la procédure en cause. Cette décision se prend-elle devant un tribunal? Ou conformément à une ordonnance? Ou encore devant un conseil d'administration, qui détermine ses propres règles?

Le sénateur Flynn: En réalité, je ne parle pas d'un tribunal administratif. Je tentais simplement de trouver un exemple

[Text]

would apply. It seems to me that there are administrative matters that are distinctive from civil cases.

Mr. Ewaschuk: This is my answer, and I think it is right: Again it depends where you take it. If you go to the Quebec Superior Court to obtain your remedy, even if it is against a federal board—and there will be changes in the Federal Court Act, and more and more they are going to the provincial superior courts, it is the provincial evidentiary rules that apply.

Senator Frith: Unless a federal statute has something specific to say about it.

Mr. Ewaschuk: Unless there is a specific provision, yes. If you go to the federal court, then this applies, obviously, and not the provincial rules. I think that is the answer.

The Chairman: Honourable senators, before we adjourn I should like to remind you that we will meet next Tuesday at 4 o'clock to deal with this bill. Our witnesses at that time will be the Criminal Trial Lawyers Association. Thank you.

The committee adjourned.

[Traduction]

pour illustrer le cas qui nous intéresse. Il me semble y avoir certaines questions administratives qui sont complètement dissociées des procédures civiles.

M. Ewaschuk: Voici ma réponse, et je crois qu'elle est juste: encore une fois, cela dépend de l'endroit où l'affaire est traitée. Si vous portez l'affaire devant la Cour supérieure du Québec, quoique cela aille à l'encontre du conseil fédéral les règles provinciales en matière de preuve s'appliqueront (certaines modifications seront apportées à la Loi sur la Cour fédérale, et de plus en plus, ces affaires sont portées devant les hauts-tribunaux des provinces).

Le sénateur Frith: Sauf si un texte de loi fédéral comporte des dispositions à l'effet du contraire.

M. Ewaschuk: Sauf s'il existe une disposition précise, en effet. Si vous portes l'affaire devant un tribunal fédéral, ce sont évidemment les dispositions fédérales qui s'appliquent, et non pas les règles provinciales. Je crois que c'est là la réponse.

Le président: Honorables sénateurs, avant de lever la séance, je voudrais vous rappeler que nous nous réunirons de nouveau mardi à 16 heures, pour traiter encore une fois de ce projet de loi. Nous recevrons alors des représentants de la Criminal Trial Lawyers Association. Merci beaucoup.

La séance est levée.



If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Printing Office

Supply and Services Canada
45 Sacre-Coeur Boulevard
Hull, Quebec, Canada, K1A 0S7

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Imprimerie du gouvernement canadien
Approvisionnement et Services Canada
45, boulevard Sacre-Coeur
Hull, Quebec, Canada, K1A 0S7

WITNESSES—TÉMOINS

From the Department of Justice:

Mr. E. A. Tollefson, Coordinator (Criminal Law Review);
Mr. E. G. Ewaschuk, General Counsel (Criminal Law);
Mr. G. Bertrand, Chief Legislative Counsel.

Du ministère de la Justice:

M. E. A. Tollefson, coordonnateur (révision du droit pénal);
M. E. G. Ewaschuk, avocat général (droit pénal);
M. G. Bertrand, premier conseiller législatif.

A1
C24
L32

First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:

The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:

L'honorable JOAN NEIMAN

Tuesday, April 26, 1983

Le mardi 26 avril 1983

Issue No. 53

Fascicule n° 53

Fifth proceedings on:

Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Cinquième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»

WITNESS:

(See back cover)



TÉMOIN:

(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*
The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman
Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

“Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: “An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada”.

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.”

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

TUESDAY, APRIL 26, 1983

(76)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:02 p.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Asselin, Buckwold, Donahoe, Godfrey, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Robichaud and Rousseau. (10)

In attendance: Mrs. Monique Hébert, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witness:

From the Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton:

Mr. Peter Royal, President.

The Committee considered Bill S-33 intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

Mr. Royal made a statement and answered questions.

At 5:00 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Paul Belisle

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE MARDI 26 AVRIL 1983

(76)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 h 02 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Asselin, Buckwold, Donahoe, Godfrey, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Robichaud et Rousseau (10).

Aussi présente: M^{me} Monique Hébert, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoin:

De la Criminal Trial Lawyers Association d'Edmonton:

M. Peter Royal, président.

Le Comité étudie la teneur du projet de loi S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

M. Royal fait une déclaration et répond aux questions.

A 17 heures, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Tuesday, April 26, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 4 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (Chairman) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, we are glad to have with us this afternoon Mr. Peter Royal, who is representing the Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton. You will be interested to know that Mr. Royal was here before the Supreme Court of Canada today, and got leave to appeal on the Oag case, on a "gating" matter, of which we have some knowledge in this committee. That is still therefore very much before the courts.

Mr. Royal, we have received your brief. Mr. Bélisle has told us that he tried to have the translation prepared for today, but it is not ready and will not be ready until tomorrow, unfortunately. I will allow you to go ahead in any event, Mr. Royal, and will circulate the French version tomorrow.

Mr. Peter J. Royal, President, the Criminal Trial Lawyers Association, Edmonton: Thank you, Madam Chairman and honourable senators.

I would like to thank you for your very kind invitation to come and address this august body this afternoon with respect to Bill S-33, which is a bill which has given our association, over the last two or three years, a considerable amount of concern.

I do not propose to read to you the brief that has been prepared by the association. It is certainly not lengthy, by any means, but it is some 20 to 23 pages in length and I do not propose to read it to you verbatim. I do propose, however, to summarize it as best I can, and perhaps highlight some of the very important deficiencies, as we see them, in the bill. I notice that Mr. Ewaschuk is present, and I suspect he will have some questions for me when I have finished.

I want to begin by conceding a number of points. Let me concede first, on behalf of the association, that we see nothing wrong in principle with the idea of uniformity. It is, I think, the aspect of codification that we take great exception to, and I use that word not loosely, understanding, as I do, that in previous proceedings before the committee issue was taken by, I believe, Mr. Ewaschuk and others who had considerable input into the preparation of the bill, regarding whether this was not in fact codification. We take the position that given the very wide-ranging scope of Bill S-33, in fact codification with respect to the rules of evidence is just what the bill really envisages and provides for. This is what we take great exception to.

I wish also, before getting into my brief, to thank Mr. Paul Bélisle, the clerk of the committee, who has been of great assistance to us in Edmonton. We are, of course, some considerable distance from Ottawa, and Mr. Bélisle has been of great help to us in arranging a suitable time for my attendance and

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mardi 26 avril 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 h pour étudier le projet de loi S-33, donnant effet pour le Canada à la loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.

Le sénateur Joan Neiman (président) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, nous sommes heureux d'accueillir M. Peter Royal qui représente la Criminal Trial Lawyers Association d'Edmonton. Je vous signale que M. Royal a comparu aujourd'hui devant la Cour suprême du Canada et a obtenu d'interjeter appel de l'affaire Oag concernant la suspension immédiate que connaissent les membres du Comité. Les tribunaux en sont encore saisis.

M. Royal, nous avons reçu votre mémoire. M. Bélisle nous a dit qu'il avait tenté d'obtenir la traduction pour aujourd'hui mais, malheureusement, elle ne sera prête que demain. De toute façon, je vous cède la parole M. Royal et nous ferons circuler la version française demain.

M. Peter J. Royal, président, The Criminal Trial Lawyers Association, Edmonton: Merci, madame le président et honorables sénateurs.

J'aimerais vous remercier de nous avoir invités à comparaître devant cette illustre tribune pour parler du projet de loi S-33 dont le sujet préoccupe sérieusement notre association depuis déjà deux ou trois ans.

Je n'ai pas l'intention de vous lire le mémoire qu'a préparé l'Association. Sans être long, il compte néanmoins plus de 20 pages et je ne me propose pas de vous le lire en entier. Toutefois, je ferai de mon mieux pour le résumer et faire ressortir les lacunes très importantes que contient, à notre avis, le projet de loi. Je remarque la présence de M. Ewaschuk et je crois qu'il aura quelques questions à me poser quand j'aurai terminé.

J'aimerais d'abord concéder quelques points. Premièrement, au nom de l'Association, permettez-moi de dire que nous n'avons aucune objection à formuler en ce qui concerne l'uniformité. Par contre, nous nous opposons fermement à l'idée d'une codification et j'utilise le terme délibérément en sachant que lors de séances antérieures du Comité M. Ewaschuk et d'autres députés, qui ont contribué de façon appréciable à la préparation du projet de loi, ont prétendu qu'il ne s'agissait pas en réalité d'une codification. Or, nous prétendons qu'étant donné sa très vaste portée, le projet de loi S-33 vise en fait à codifier les règles de la preuve. C'est à cela que nous nous opposons.

Avant de poursuivre avec notre mémoire, j'aimerais remercier M. Paul Bélisle, le greffier du comité, qui nous a été d'un grand secours. Une distance considérable nous sépare d'Ottawa et M. Bélisle a facilité les démarches qui m'ont permis de comparaître devant vous cet après-midi et de vous faire parve-

[Text]

in receiving our brief a few days late, for which I apologize. That has probably brought about the problem of the delay in translation more than anything at your end of things.

Perhaps I might say a little about the Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton. The association was incorporated under the Societies Act of Alberta in 1977. It is comprised at the moment of approximately 55 lawyers who practise criminal law in Edmonton, many of whom practise criminal law either exclusively or primarily, in terms of a percentage of their practice. I myself have been a member of the Alberta Bar since 1975. I have, for the last seven years, practised exclusively criminal law, and my practice at the present time is one of criminal law, in the sense both of trial work and appellate work.

We take the position, Madam Chairman and honourable senators, that Bill S-33 is a very poor piece of legislation, and one that should be rejected in its entirety. We echo the comments made by the representatives of the Canadian Bar Association when they appeared before the committee last month, I believe it was, with respect to the matter of consultation. We have taken the position that there has not been consultation at all with the practising defence bar; certainly not in any event in the province of Alberta. We also echo and adopt the comments made by Mr. Peter Leask, who spoke so well on behalf of the criminal defence bar when the Canadian Bar Association made its submissions to this committee on the twenty-fourth of March of this year.

We begin by posing the question for the committee, where is the need for this bill being expressed, and whose needs does it primarily serve? When one reviews the very far-ranging and far-reaching amendments proposed in the bill, I think the answer to that question must be that it serves primarily the interests of the Crown. These are very sweeping and drastic changes that are being proposed with respect to an area of the law which is of vital interest to criminal lawyers, that is, the amendment of the rules of evidence—the rules of the game, if you will. The vast majority of the changes, being as objective as I can be, given that I am unashamedly a defence lawyer, favour the Crown over the defence. Perhaps I can begin by reviewing what I see as some of the highlights with respect to just how the Crown will be favoured over the defence when this bill becomes law.

Firstly, of course, and quite importantly, although perhaps not quite as importantly as some have thought, is the comment that can be made by the trial judge on the failure of an accused person to testify; secondly, the abolition of the law of corroboration, although that has largely been restricted in any event as a result of the recent Supreme Court of Canada decision in *Vetrovec*; thirdly, the comments in the bill with respect to the legal burden, in certain circumstances, being on an accused person, and being satisfied by the accused meeting his onus on a balance of probabilities.

Our only concern with respect to that particular provision is that it may run afoul of the Charter, although that has yet to be determined.

There are a number of important hearsay extensions in the bill which should be very carefully looked at before they are

[Traduction]

nir notre mémoire avec quelques jours de retard, je l'admets, et je vous prie de m'en excuser. C'est probablement la raison qui explique le délai de traduction par nos services.

Permettez-moi de vous dire quelques mots au sujet de la Criminal Trial Lawyers Association d'Edmonton. L'Association a été constituée en société aux termes de la Societies Act de l'Alberta en 1977. Elle compte à l'heure actuelle environ 55 avocats d'Edmonton qui consacrent à la pratique du droit criminel sinon tout leur temps du moins un certain pourcentage. Je suis moi-même membre du barreau de l'Alberta depuis 1975. Depuis sept ans déjà, je pratique exclusivement le droit criminel et je m'occupe à la fois de procès et d'appels.

Nous prétendons, madame le président et honorables sénateurs, que le projet de loi S-33 laisse sérieusement à désirer et devrait être rejeté dans son ensemble. Nous appuyons les commentaires formulés par les représentants de l'Association du Barreau canadien qui ont comparu devant le Comité le mois dernier, je crois, et qui ont soulevé la question de la consultation. Nous sommes d'avis que les avocats de la défense n'ont pas été consultés du tout du moins ceux de l'Alberta. Nous appuyons aussi les commentaires de M. Peter Leask qui a bien présenté la position des avocats pratiquant le droit criminel quand l'Association du Barreau canadien a présenté son mémoire devant ce comité le 24 mars 1983.

Nous demandons d'abord au Comité dans quelle mesure ce projet de loi est nécessaire et aux besoins de qui il répond en premier lieu. Lorsque l'on tient compte des modifications de grande portée proposées dans le projet de loi, je crois que la réponse à cette question doit être que le projet de loi répond surtout aux besoins des avocats de la Couronne. Il s'agit de changements fondamentaux de grande portée qui touchent à un domaine de la loi qui intéresse principalement les avocats spécialisés dans le droit criminel. Le projet de loi modifie les règles de la preuve, les règles du jeu si vous voulez, et la grande majorité des modifications—et je suis aussi objectif que je puis l'être étant donné que je suis sans honte un avocat de la défense—sont favorables à la Couronne plutôt qu'aux avocats de la défense. Je pourrais peut-être commencer par expliquer quelles dispositions favoriseront, à mon avis, la Couronne plutôt que les avocats de la défense quand ce projet de loi sera promulgué.

Il y a premièrement la question très importante—quoique moins importante que certains le croyaient—du commentaire que peut faire le juge du fond sur le défaut de l'inculpé de témoigner; deuxièmement, l'abolition du droit de corroboration qui de toute façon a été sensiblement restreint par une décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vetrovec*; troisièmement, les commentaires du projet de loi concernant le fardeau de la preuve, qui dans certaines circonstances incombe à l'accusé qui s'en acquitte sur preuve par présomption.

Notre seule crainte concernant cette disposition c'est qu'elle contrevienne à la Charte bien que cela n'ait pas encore été établi.

Le projet de loi élargit un certain nombre de dispositions importantes concernant la preuve par ouï-dire qui devraient

[Text]

brought into law. There is the provision dealing with previous statements of a witness becoming evidence in the trial, breaching, it would appear, what was previously referred to as the rule against previous statements.

There is one area in addition that causes me some concern, and that involves the situation where the character of the victim of an alleged offence cannot be called in question, and Mr. Leask referred to a particular case in which he has been involved. I too have had situations where, at the time of the offence, the particular character of the victim was not known to the accused, but became very important during the course of the trial. I refer in my brief to the Ontario Court of Appeals decision in *Regina v. Scopelliti*, which, I believe, is presently under appeal to the Supreme Court of Canada, in which the question of the deceased's character was vital with respect to the defence that was being advanced.

The seventh point I would like to make is that I see no need for the codification, if I can so describe it, of the law dealing with the defence of alibi. I think there is nothing wrong at the present time with how the defence of alibi is handled.

The very grave concern, though, that our association has with respect to this piece of legislation is primarily, I think, directed to the clauses dealing with statements to persons of authority, and the changing, and the very serious changing, of the burden that is cast upon the Crown, or will be cast upon the Crown, with respect to the issue of voluntariness, if this bill becomes law. Of course, as you all well know, the proposal is that the onus shall be changed from one of proof beyond a reasonable doubt with respect to the issue of voluntariness, to one of proof on a balance of probabilities. Our members take great exception to that, and to that clause more than any other.

There is also provision for the exclusion of the *Erven* rule, or at least part of the rule in the *Erven* case, as confirmed in subsequent cases such as *Risby*, where *res gestae* statements made contemporaneously with the rest would not be capable of elucidation by cross-examination by the defence. I see no good reason for that amendment either.

The bill does, however, contain something for the defence, I must grant, although, from our perspective, it is very limited. There is, firstly, a major provision, as far as the defence is concerned, namely, the use of the criminal record in the cross-examination of an accused person. In my experience of the Bar—which certainly is not extensive—in my six or seven years of doing criminal trial work, the one major factor that keeps an accused person out of the witness box is the fact that his previous misdeeds, his previous criminal record, is put to him almost invariably either by his own counsel or by counsel for the Crown in cross-examination. Secondly, there is the recognition of the psychiatric privilege, and thirdly, there is the doing away with the rule in the well-known decision by the Supreme Court of Canada in *De Clerq v. The Queen*. By my arithmetic—and this is a very rough piece of arithmetic on my part—I see, in terms of major amendments to the law of

[Traduction]

être étudiées très attentivement avant d'être promulguées. Il y a entre autres la disposition prévoyant la production de déclarations antérieures d'un témoin pendant le procès, ce qui contrevient, semble-t-il à ce qu'on appelait la règle interdisant la production de déclarations antérieures.

Une autre disposition me préoccupe particulièrement, à savoir celle qui prévoit que la moralité du plaignant ne peut être attaquée et M. Leask a donné l'exemple d'une affaire dont il s'est occupé. J'ai aussi connu des cas où, au moment où l'infraction a été commise, le plaignant ne connaissait pas l'élément de moralité de l'inculpé qui est par la suite devenu un aspect très important du procès. Je mentionne dans mon mémoire la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Regina c. Scopelliti* qui, je crois, a été portée en appel à la Cour suprême du Canada et dans laquelle la question de la moralité du défunt est un élément essentiel de la défense.

En septième lieu, j'aimerais signaler que je ne vois pas la nécessité d'une codification, si je peux la décrire ainsi, de la loi en ce qui concerne l'alibi. On n'a, il me semble, rien à redire contre ce moyen de défense.

Notre association s'oppose tout particulièrement aux dispositions de ce projet de loi qui touchent les déclarations faites à un responsable et celles en vertu desquelles le fardeau de la preuve en ce qui concerne les déclarations spontanées incombera à la Couronne si le projet de loi est promulgué. Vous savez certainement que l'on propose que le fardeau de la preuve concernant les déclarations spontanées comporte non plus l'obligation de prouver la responsabilité avec une quasi-certitude mais de faire la preuve par présomptions. Nos membres s'opposent vigoureusement à ce changement et à cette disposition plus qu'à toute autre.

Il y a aussi une disposition prévoyant l'exclusion de la règle établie dans l'affaire *Erven*, ou du moins d'une partie de cette règle, qui a été confirmée dans des affaires subséquentes et notamment dans l'affaire *Risby*, en vertu de laquelle des déclarations *res gestae* faites à la même époque ne pourraient faire l'objet d'un contre-interrogatoire par les avocats de la défense. Je ne vois pas non plus ce qui justifie cette modification.

Toutefois, le projet de loi contient des dispositions utiles aux avocats de la défense mais elles sont, à notre avis très limitées. Il y a d'abord une disposition très importante pour les avocats de la défense, à savoir l'utilisation du dossier criminel lors du contre-interrogatoire de l'inculpé. J'ai pu moi-même constater au cours de mes six ou sept années d'expérience—ce qui n'est pas beaucoup—dans le domaine du droit criminel que la raison principale pour laquelle l'inculpé n'est pas appelé à témoigner est que son propre avocat ou l'avocat de la Couronne, au cours du contre-interrogatoire, lui posent invariablement des questions sur son casier judiciaire. Deuxièmement, on reconnaît le privilège qui consiste à faire appel à des psychiatres. Troisièmement, on fait fi de la règle bien connue établie par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *De Clerq c. La Reine*. Si je ne m'abuse, le projet de loi modifierait au moins neuf dispositions importantes de la Loi sur la preuve à l'avantage de la

[Text]

evidence at least nine major provisions that would favour the Crown over the defence. That is a very clumsy way of looking at it, but I think that is one way of approaching the problem. I see only three provisions which would favour the defence.

It is not for that reason alone, that we are opposed to this piece of legislation. Mr. McKercher, National Vice-President of the Canadian Bar Association, when he addressed you back in March, spoke very well on behalf of the association and, I hope, brought home to this committee the fact that there had been very little consultation with the practising bar. I mentioned to a fellow lawyer this afternoon—when she asked me what this piece of legislation was going to do to the Canada Evidence Act—that it was going to repeal the Canada Evidence Act. When I said that, there was great surprise expressed. That I believe is the reaction that you will get from the practising bar. Many members of the practising bar are simply not aware of the very far-reaching changes that are being proposed by this piece of legislation.

Our brief goes into some areas in greater detail than I have done this afternoon. I will be happy to answer any questions from members of the committee and from the chairman. I urge you to consider the brief, along with all the other submissions that you have heard. It echoes in large part some of the concerns expressed by the Canadian Bar Association. I had the advantage of having before me, when the brief was prepared, transcripts of the three previous proceedings that had been held. I had those comments in mind when the brief was prepared, and certainly within the brief there are references to the evidence given by Mr. McKercher and Mr. Leask.

Subject to any questions that members of the committee might have, those basically are the submission of the Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton. In a nutshell, this bill is bad in its entirety and should be rejected as a whole, and there should be further and extensive consultation if this bill is ever to see the light of day. That essentially is the submission of the Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton.

The Chairman: Thank you, Mr. Royal. I shall now call upon Senator Asselin to commence the questioning.

Le sénateur Asselin: Madame le président, je pense que nous avons ici le témoignage important d'un avocat qui s'adonne presque exclusivement à la pratique du droit criminel. Il nous dit qu'il est devant nous également pour représenter les vues d'un groupe d'avocats criminalistes de l'Alberta.

J'ai lu rapidement, comme plusieurs de mes collègues je pense l'ont fait, les suggestions d'amendements qu'il fait au présent bill. Je dois dire immédiatement que je ne peux pas le suivre dans la conclusion des remarques de son mémoire, lorsqu'il dit que le comité devrait rejeter entièrement le bill qui est devant nous. Je pense que c'est là un jugement sévère de sa part et de la part de son groupe.

Il reste que j'ai moi-même déjà fait des remarques un peu semblables lorsque l'on a commencé à discuter des données de ce projet de loi. Comme lui, étant jeune, j'ai aussi fait pas mal de droit criminel, et je me posais la question au tout début: Où trouve-t-on dans ce projet de loi les droits de l'accusé? Je pense

[Traduction]

Couronne. Ce n'est peut-être pas la façon idéale d'aborder le problème, mais je pense qu'on peut le voir sous cet angle. A mon avis, le projet de loi ne contient que trois dispositions qui favorisent la défense.

Ce n'est pas la seule raison pour laquelle nous nous y opposons. M. McKercher, vice-président national de l'Association du barreau canadien vous a très bien exposé la position de l'Association en mars dernier et j'espère qu'il vous a clairement fait savoir que le barreau n'avait pas été vraiment consulté à ce sujet. Un collègue m'a demandé cet après-midi comment cette loi modifierait la Loi sur la preuve au Canada. Je lui ai répondu qu'elle l'abrogerait, ce qui l'a fort surpris. Je crois que tous les avocats au criminel le seront également. Beaucoup d'entre eux ne sont tout simplement pas conscients de l'importance des changements proposés.

Notre mémoire aborde ces questions beaucoup plus en détail que je ne viens de le faire. Je répondrai volontiers aux questions que vous pourriez avoir à son sujet. Je vous prie d'étudier ce mémoire et de le comparer à ceux que vous avez déjà lus. Il reprend la plupart des préoccupations exprimées par l'Association du barreau canadien. Lorsque je rédigeais le mémoire, j'ai consulté le compte rendu des trois séances précédentes du Comité et j'ai tenu compte des observations qui y avaient été faites. Le mémoire lui-même fait directement allusion aux témoignages de MM. McKercher et Leask.

Je viens donc de vous exposer la position de la Criminal Trial Lawyers Association d'Edmonton au sujet du projet de loi. Je suis maintenant prêt à répondre à vos questions. En résumé, tout le projet de loi est mauvais et devrait être rejeté en bloc. La question devrait faire l'objet de consultations approfondies avec les milieux intéressés. Voilà essentiellement la position de notre association.

Le président: Je vous remercie, M. Royal. Je demanderais maintenant au sénateur Asselin d'ouvrir la période des questions.

Senator Asselin: Madam Chairman, I think we have here important testimony from a lawyer who specializes almost exclusively in the practise of criminal law. He tells us that he is also appearing before us to represent the views of a group of criminal lawyers in Alberta.

Like a number of my colleagues, I imagine, I have read rapidly through his suggested amendments to this Bill. I have to say right off that I can't accept the conclusion to the remarks in his brief, where he says the Committee ought to reject in its entirety the Bill that is now before us. I regard this as a sweeping judgment on the part of his group.

Nonetheless, I did myself make some somewhat similar remarks at the start of our discussion of the points in this Bill. Like him, when I was young I also did quite a lot of criminal law, and I asked myself this question at the very beginning: Where are the rights of the accused in this Bill? I think that

[Text]

que le témoin ainsi que le groupe qu'il représente se posent la même question.

Je crois que fondamentalement, c'est une bonne chose que d'avoir essayé—est-ce que je dois employer le mot «codifier», je ne le sais pas—mais de mettre ensemble les différents éléments des lois sur la preuve qui existent, soit au Québec, soit dans les autres provinces, pour tâcher d'en faire une loi uniforme. Je pense que c'est un essai sérieux qu'on ne doit pas, à première vue, rejeter du revers de la main.

Là où je suis d'accord avec les prémisses sur lesquelles le témoin a dès le début attiré l'attention du comité, c'est qu'il me semblerait qu'au fur et à mesure que les témoignages sont rendus devant ce comité, il y a eu un manque pas mal important de coopération et de consultation avec des groupes importants qui travaillent dans ce domaine.

En lisant le mémoire du témoins, j'ai été pas mal surpris de voir que son groupe n'a pas eu la chance de faire valoir ses opinions, soit à la conférence qui s'est tenue concernant ce projet de loi, soit lorsque ce group de travail a été formé pour finaliser le projet de loi que nous avons devant nous.

Is it true that you have not been consulted by anyone from the Department of Justice or by anyone working on the task force in connection with this bill?

Mr. Royal: Senator, we have never, as an association, been consulted, nor have our views been sought with respect to the legislation. I must tell the committee, however, that one of our members, Professor Jim Robb, who is a lecturer on evidence and other subjects at the Faculty of Law, University of Alberta, was a member of the committee established in the province of Alberta. But I think I am fair in saying that Mr. Robb, who was a very experienced defence lawyer before joining the faculty in Edmonton, strongly opposed much of the bill and I think that his committee dissented on many of the amendments which were proposed. But I would say that the association itself has never been formally consulted, nor has its views been sought.

Senator Asselin: Is your association recognized by the Canadian Bar Association?

Mr. Royal: It is not recognized by the Canadian Bar Association. Perhaps I should explain how the association came into being. We in the province of Alberta are very much divided between north and south. The Southern Alberta division of the Canadian Bar Association has various subdivisions, one of which deals with criminal law, and it is a very active association. In Northern Alberta, which is dominated by Edmonton, for some reason—and nobody seems to know why—the Canadian Bar Criminal Subdivision has never been particularly active. So the association was brought into being as a result of the fairly moribund nature of the Criminal Law Subdivision of the Canadian Bar Association in Northern Alberta. But it is not formally recognized by the Canadian Bar Association but we work very closely with the Criminal Law Subdivision in Southern Alberta. Over the years we have put on many seminars and have certainly received co-operation from the Canadian Bar Association in so doing.

[Traduction]

the witness and the group he represents are asking the same question.

I believe that basically it's a good thing to try to—I don't know if I ought to use the word "codify" or not—but to try to bring together the various elements of existing rules of evidence, whether in Quebec or in the other provinces, in order to make one uniform piece of legislation out of them. I think this is a worth-while undertaking that should not be rejected out of hand.

The point on which I agree with the premises that the witness brought to the Committee's attention from the beginning is that it would seem to me that as the various witnesses have appeared before this Committee, there has been quite a serious lack of co-operation and consultation with important groups that are working in this area.

In reading the witness's brief, I was quite surprised to see that his group did not have an opportunity to argue its views, either at the conference that was held on the Bill, or when the task force was set up to finalize the Bill that we have before us.

Est-il bien vrai que ni le ministère de la Justice ni aucun des membres du groupe de travail qui a étudié cette question ne vous a consultés?

M. Royal: Sénateur, notre association n'a jamais été consultée et personne ne lui a demandé d'exposer sa position sur cette question. Je dois toutefois souligner au Comité que l'un de nos membres, M. Jim Robb, qui dispense notamment un cours sur la preuve à la faculté de droit de l'université de l'Alberta a siégé au comité constitué en Alberta pour étudier la question. Je ne crois pas me tromper en disant que M. Robb, qui a été longtemps avocat de la défense avant de devenir professeur à l'université d'Edmonton, s'opposait énergiquement au projet de loi et que le Comité dont il faisait partie n'a pas appuyé un bon nombre des modifications proposées. L'Association elle-même n'a toutefois pas été consultée et n'a pas été invitée à faire connaître sa position.

Le sénateur Asselin: L'Association du barreau canadien reconnaît-elle votre association?

M. Royal: Non. Je devrais peut-être vous expliquer comment l'Association a été formée. Le nord et le sud de l'Alberta sont vraiment divisés. La division albertaine, section sud, de l'Association du Barreau canadien comporte plusieurs subdivisions dont l'une s'occupe du droit criminel. C'est une association très active. Dans le nord de l'Alberta, qui est dominé pour une raison quelconque par Edmonton, la subdivision du droit criminel n'a jamais été très active. Notre association a donc été créée parce que la subdivision du droit criminel de l'Association du Barreau canadien n'était pas très active dans le nord de l'Alberta. L'Association du barreau canadien ne reconnaît donc pas officiellement notre association, mais nous travaillons en étroite collaboration avec la subdivision du droit criminel du sud de l'Alberta. Nous avons organisé de nombreux colloques au fil des années et nous avons toujours obtenu la collaboration du Barreau canadien.

[Text]

Le sénateur Asselin: Je voudrais savoir si vous réalisez que la difficulté pour les gens qui ont préparé ce projet de loi était de conserver un certain équilibre de preuve en ce que doivent être les responsabilités de la Couronne et des avocats de la défense. Comme vous, ma première impression c'est que l'on n'a pas suffisamment tenu compte des moyens de défense que peut employer l'accusé pour réussir à se faire acquitter ou à faire amoindrir son accusation. Je pense que l'on n'a pas tenu assez compte du principe que tout accusé est présumé innocent et que le législateur doit fournir à l'accusé des moyens de défense légitimes pour qu'il puisse faire valoir ses droits, soit en vertu des lois existantes ou en vertu de la nouvelle charte que nous avons adoptée au cours de l'année dernière.

Ceci étant dit, il est difficile pour les codificateurs—je ne sais pas si on doit les appeler de cette façon-là—de pouvoir réconcilier les éléments de preuve qu'on peut apporter devant le tribunal en matière civile et en matière criminelle. Est-ce que vous êtes de mon avis qu'il n'est pas facile, surtout pour nous du Québec, de réconcilier la loi de la preuve au civil avec celle qui existe en droit criminel. Est-ce votre avis que c'est une difficulté majeure qui a pu apporter une certaine surprise dans l'uniformité de cette Loi sur la preuve.

Mr. Royal: I would agree with you again that there is indeed, because of the difference between Quebec and the rest of Canada with respect to the rules of evidence, great difficulty—and I will use your term—in codifying the laws of evidence to apply not only to Quebec but the rest of Canada. I agree with what I anticipate your comment to have been, that it is indeed difficult for the drafters of this legislation to balance the rights of the accused and the rights of the Crown or the state. The whole purpose of my brief and my submission this afternoon is to point out to you that they have not struck a very happy balance, that the majority of the amendments favour the Crown over the defence for no good reason.

Le sénateur Asselin: Si nous voulons entrer dans les détails de votre présentation, j'aimerais que vous insistiez davantage sur la preuve des probabilités dont il est question dans votre mémoire—en fait, la preuve sur les présomptions. Je pense que c'est changer complètement l'économie du droit criminel que d'insérer dans ce projet de loi cette nouvelle formule de droit. Je voudrais que vous élaboriez un peu plus sur ce sujet.

Mr. Royal: I wonder if you could refer me to the portion of the brief to which you are referring. There are a number of comments with respect to the balance of the onus of proof in a criminal case.

Senator Asselin: Subsection 11(3) and Section 12 on page 3.

Mr. Royal: I shall comment on subsection 11(3) and this is certainly not a major point that we make in our brief, for reasons that I shall get to in a moment. It would appear to be the law at the present time, as a result of a number of decisions, including that in *Appleby*, that where the legal burden—and this is using terms perhaps somewhat loosely—is cast upon an accused, he can meet that legal burden by proof on a balance of probabilities—that is the civil standard as opposed to the proof beyond reasonable doubt standard, which

[Traduction]

Senator Asselin: I would like to know if you realize that the problem facing the people who prepared this Bill was to preserve a certain balance between the responsibilities of the Crown and the responsibilities of the counsel for the defence in regard to evidence. Like you, my first impression was that they had not adequately allowed for the means of defence that an accused may employ to secure an acquittal or reduce his charge. I think that not enough weight has been given to the principle that every accused person is presumed to be innocent and that the legislator must provide the accused with legitimate means of defence so that he can assert his rights, either under the existing laws or under the new Charter that we adopted last year.

Be that as it may, it is difficult for the codifiers—I don't know if they should be called that or not—to reconcile the elements of evidence that can be brought before the courts in a civil case and in a criminal case. Would you agree with me that it isn't easy, especially for those of us in Quebec, to reconcile the rules of civil evidence with those in criminal law? In your opinion, is it a major difficulty which has managed to bring an element of surprise into the uniformity of this Evidence Act?

M. Royal: Je conviens avec vous qu'il est très difficile, en raison des différences qui existent à ce chapitre entre le Québec et le reste du Canada, de codifier, comme vous l'avez dit, le droit de la preuve pour qu'il s'applique non seulement au Québec mais au reste du Canada. Je crois aussi que les rédacteurs du projet de loi ont eu du mal à concilier les droits de l'inculpé et ceux de la Couronne. Notre association est toutefois d'avis qu'ils n'y ont pas réussi et que la majorité des modifications proposées avantagent la Couronne. Il n'y a aucune raison pour que cela soit ainsi.

Senator Asselin: If we're going to go into the details of your presentation, I would be glad if you could expand a little on the onus of proof you discuss in your brief—that is, proof on a balance of probabilities. In my opinion, it is a complete change in the structure of criminal law to insert this new formula into the Bill. Could you say a little more about this?

M. Royal: Pourriez-vous me dire à quelle partie du mémoire vous faites allusion. Il contient un bon nombre d'observations au sujet de la charge de la preuve dans une affaire criminelle.

Le sénateur Asselin: Je fais allusion au paragraphe 11(3) et à l'article 12 à la page 3.

M. Royal: Ce n'est pas un point sur lequel nous avons beaucoup insisté dans notre projet de loi pour les raisons que je vais vous donner. Il semblerait actuellement, comme en témoigne un certain nombre de décisions dont celle rendue dans l'affaire *Appleby*, que lorsque la charge de la preuve légale, et j'utilise peut-être ce terme dans son sens large, incombe à l'inculpé, il peut s'en acquitter sur preuve par présomptions. C'est le cas pour les affaires civiles. Dans les affaires criminelles il faut normalement que la preuve, dont la charge incombe

[Text]

is the onus cast upon the Crown. Our only comment with respect to that is that because of the provisions of the Charter, such legal burdens, as they are so described, may be inoperative. As the committee is probably aware, there is a case before the Supreme Court at the moment by the name of Dakes in which the so-called reverse onus provision in Section 8 of the Narcotics Control Act is presently under question as to whether or not it has been ruled inoperative by the Charter. So it may be that in the classic sense where a legal burden is cast upon the accused, as opposed to merely an evidentiary burden, that provision is inoperative by operation of the Charter, specifically Section 11(d).

Le sénateur Asselin: Je voudrais également que nous discussions pendant un moment de votre opinion sur la preuve d'alibi. Je ne sais pas si je vous ai bien saisi lorsque vous avez fait vos remarques au début. Vous semblez avoir certaines hésitations à accepter cette section du projet de loi. Je me demande si votre objection a trait à l'avis que le prévenu doit donner à la Couronne s'il veut présenter une preuve d'alibi. Je crois qu'il doit donner un avis de sept jours en vertu de ce projet de loi. Est-ce là l'essentiel de votre objection en ce qui concerne la preuve d'alibi?

Mr. Royal: That is not really the basis of our objection to it for, as all defence counsel know, in the very rare cases where an alibi is available, unless it is disclosed at the first reasonable opportunity, it is not going to be worth very much in front of the trier of fact. It is not the notice provision that causes us any great concern and, again, this is not a major concern with the bill. It is just that we don't see any need whatsoever for codifying the law with respect to the defence of alibi. As far as we are concerned the defence of alibi is working fine at the present time without any enactment whatsoever. We feel that it is a bit superfluous to put it in bill form because it is working fine at the present time.

Senator Asselin: But do you not think that the notice of seven days which is given to the Crown is a good thing?

In a criminal trial, if I am going to advance the defence of alibi, the practice which I and some of my colleagues in Alberta have adopted is that we either give written notice at the committal stage—that is, at the conclusion of the preliminary inquiry—to the Crown by handing them a letter, or by simply stating on the record at the preliminary inquiry stage, prior to or shortly after committal, that there is going to be advanced at trial the defence of alibi and outlining the nature of the alibi so that that can be checked out by the Crown. If that is not done at that stage, unless there is some very special reason why, in my experience the alibi evidence that is ultimately advanced at trial is virtually worthless and, in fact, can have far more serious repercussions if the alibi collapses at trial. There is no more damning piece of evidence than that.

I don't see the need for the codification of such things as the length of time that must be given, et cetera. There is usually, in Alberta at least, a two to three month delay between the preliminary inquiry and the trial in the Court of Queen's Bench, so I do not see the need for these rigid guidelines.

[Traduction]

à la Couronne, soit faite avec une quasi-certitude. Tout ce que nous avons à dire à ce sujet, c'est que ce paragraphe risque d'être inopérant en raison de la nouvelle charte. Comme le Comité le sait sans doute, la Cour suprême est saisie actuellement de l'affaire Oakes et doit décider si la charte n'empêche pas maintenant de renverser la charge de la preuve comme c'est le cas lorsqu'on invoque l'article 8 de la Loi sur les stupéfiants. Il se pourrait donc que l'alinéa 11(d) de la charte, pour être plus précis, empêche d'imposer à l'inculpé la charge de la preuve légale au lieu de la charge de la preuve normale.

Senator Asselin: I would also like to discuss for a moment your views on the defence of alibi. I don't know if I understood you fully when you were making your opening remarks. You seem to have certain hesitations over this section of the Bill. I wonder if your objection hinges on the notice that the accused must give the Crown if he intends to present a defence of alibi. I think he has to give seven days' notice under this Bill. Is that the basis of your objection as regards the defence of alibi?

M. Royal: Ce n'est pas vraiment la raison pour laquelle nous nous y opposons. Comme les avocats de la défense le savent, dans les rares cas où il y a un alibi, s'il n'est pas divulgué à la première occasion raisonnable, il ne vaudra pas grand-chose devant le juge des faits. Ce n'est pas la disposition relative à l'admission d'office qui nous préoccupe tellement. C'est simplement que nous ne voyons pas la nécessité de codifier la loi en ce qui concerne la preuve de l'alibi. En ce qui nous concerne, la preuve de l'alibi fonctionne actuellement bien sans stipulation législative quelconque. Nous estimons qu'il est un peu superflu de l'inscrire dans un projet de loi car elle fonctionne bien à l'heure actuelle.

Le sénateur Asselin: Mais ne pensez-vous pas que l'avis de sept jours donné à la Couronne est une bonne chose?

En matière criminelle, pour avancer la preuve de l'alibi, la pratique que certains de mes collègues de l'Alberta et moi-même avons adoptée consiste à présenter à la Couronne, un avis écrit à l'étape du placement en détention préventive—c'est-à-dire à la conclusion de l'enquête préliminaire—sous forme de lettre en main propre ou tout simplement en faisant inscrire au dossier au cours de l'enquête préliminaire avant ou peu après la mise en détention préventive, que la preuve de l'alibi sera avancée au procès, et en décrivant la nature de l'alibi de façon à ce que cela puisse être vérifié par la Couronne. Si ce n'est pas fait à cette étape, à moins de raisons très spéciales, d'après mon expérience, la preuve de l'alibi avancée à un procès ne vaut pratiquement rien et peut en fait avoir de graves répercussions si elle échoue au procès. Il n'y a pas de preuve plus dangereuse.

Je ne vois pas la nécessité de codifier des éléments comme le laps de temps qui doit être accordé, etc. Habituellement, du moins en Alberta, il y a un délai de deux à trois mois entre l'enquête préliminaire et le procès à la cour du banc de la reine; je ne vois donc pas la raison de lignes directrices aussi strictes.

[Text]

Secondly, for trials in the provincial court—that is at the lower court level—there is no formal procedure whereby the alibi can be given to the Crown, but again it is something that is disclosed, in my experience, by letter to the Crown as soon as defence counsel is made aware of it, and as soon as the necessary investigations by defence counsel have been concluded. It must be disclosed well in advance of the trial and, in my experience, it is disclosed at the earliest opportunity if it is to be successful.

Le sénateur Asselin: Je voudrais également que vous nous parliez de votre perception de la preuve de caractère, preuve importante dans le droit criminel. Est-ce que vos vues sont à l'effet que la Couronne ne pourrait pas faire de preuve de caractère tant et aussi longtemps que la défense n'a pas décidé de mettre l'inculpé ou l'accusé dans la boîte aux témoins pour interrogatoire? Si je comprends bien le projet de loi, c'est que l'accusé peut faire une preuve de renommée, qui peut être présentée par expert. Est-ce que la Couronne peut faire une preuve de caractère sans que l'accusé puisse se livrer à la Couronne s'il décide de témoigner? Je ne comprends pas véritablement votre façon de voir cette preuve de caractère.

Mr. Royal: I am sorry, Senator, there may be something wrong with the translation. I am not sure that I understand the drift of your question. Genly, with respect to character evidence, it has always been my understanding that, as defence counsel cross-examining Crown witnesses, for example, one has to be very careful to avoid putting into issue the character of one's client, and it is my interpretation of the way that the case law has been going that the courts have become less and less reluctant to find that, by cross-examining, counsel for an accused has thereby placed his client's character in issue. It does not take very much, from my perspective, for some trial judges to find that, by adopting a certain line of cross-examination, you are thereby taken to have put your client's character in issue and, from my perspective at the moment, one has to tread very carefully in that area.

Senator Godfrey: I am interested in this question of lack of consultation. I might say that I am joint chairman of the Committee on Regulations and Statutory Instruments and we brought in a report in which we spent quite a considerable time on what we call "notice and comment": In other words, the government should not bring in regulations without giving notice to the public to allow them to comment—which incidentally is a subject very dear to my heart—but in that respect they had some very interesting evidence from the department in reply to the proposals of the Canadian Bar Association. Did you see that?

Mr. Royal: No, Senator, I did not.

Senator Godfrey: This has been going on for years. The committee went across the country in 1975 and heard submissions from different groups of people. It was well publicized and surely it is up to individual groups on their own initiative to make submissions and comments. That is why I am a little surprised at your criticism.

Mr. Royal: I might say that it is not personal criticism of the group of persons who were given the very heavy responsi-

[Traduction]

Deuxièmement, pour ce qui est des procès dans les tribunaux provinciaux—c'est-à-dire en première instance—aucune procédure officielle ne permet de fournir l'alibi à la Couronne mais encore une fois, d'après mon expérience, l'alibi est divulgué par lettre à la Couronne dès que l'avocat de la défense en est mis au courant et dès que ses recherches sont terminées; il doit alors être divulgué bien avant le procès, c'est-à-dire le plus tôt possible si l'on veut qu'il porte fruit.

Senator Asselin: I would like you to tell us how you view character evidence, which is so important in criminal law. Do you consider that the Crown may not introduce evidence as to character unless and until the defence decides to put the accused into the witness box for examination? If I understand the Bill, the accused may introduce evidence as to reputation, which may be presented by an expert witness. May the Crown introduce character evidence without the accused putting himself in the hands of the Crown if he decides to testify? I'm not really clear on how you see this matter of character evidence.

M. Royal: Je suis désolé, sénateur, mais je n'ai pas compris le sens de votre question; c'est peut-être à cause de la traduction. De façon générale, en ce qui concerne la preuve de moralité, je sais d'expérience que dans son contre-interrogatoire des témoins de la Couronne l'avocat de la défense doit faire bien attention pour éviter de mettre en jeu la moralité d'un client, et d'après mon interprétation de la jurisprudence, les tribunaux hésitent de moins en moins à conclure que par son contre-interrogatoire, l'avocat de l'inculpé a mis en cause la moralité de son client. A mon sens, il ne faut pas grand-chose à certains juges pour conclure qu'en adoptant une certaine ligne de contre-interrogatoire, on met en cause la moralité de son propre client. De mon point de vue, il faut être très prudent à ce sujet.

Le sénateur Godfrey: Cette question du manque de consultation m'intéresse. Je suis coprésident du Comité des Règlements et autres textes réglementaires et nous avons déposé un rapport et fait une étude assez longue sur ce que nous appelons les avis et commentaires. Autrement dit, le gouvernement ne devrait pas adopter de règlements sans en donner avis au public pour que celui-ci puisse les commenter, ce qui m'importe beaucoup soit dit en passant. A cet égard, le ministère a déposé des preuves très intéressantes en réponse aux propositions de l'Association du barreau canadien. Êtes-vous au courant?

M. Royal: Non, sénateur.

Le sénateur Godfrey: Il en est ainsi depuis des années. Le Comité s'est rendu dans les diverses régions du pays en 1975 et a entendu divers groupes. Il avait fait beaucoup de publicité à cet égard et, certes, il appartient aux groupes de prendre l'initiative de venir déposer des témoignages et des observations. Voilà pourquoi je suis un peu étonné de votre critique.

M. Royal: Je ne critique pas personnellement le groupe à qui l'on a confié la lourde tâche de rédiger le projet de loi. Il est

[Text]

bility of the drafting of the bill. Lawyers, particularly lawyers in private practice, are notoriously busy and notoriously unable to group themselves together to make representations as a group, and perhaps especially criminal lawyers who tend to practise either individually or in very small firms. We are as much to blame as and perhaps more so than the draftsmen, but the criticism is still there. We have not been consulted; that may be our own fault. I am not trying to ascribe blame here.

Senator Godfrey: Did you try to make representations, and were you denied the opportunity?

Mr. Royal: We did not try to make representations, since our association came into being only in 1977, well after there was any considerable talk about uniformity with respect to the rules of evidence. We did, however, provide a comment with respect to the bill in 1981 to the Institute of Law Research and Reform in Edmonton, which I understand was subsequently forwarded to the draftsmen.

Senator Godfrey: The committee, I gather, went across the country in 1975 which was a couple of years before your association was in existence.

There is another thing that I would like to talk about, just in general: You have commented on the undesirability of freezing the law and you seem to favour the idea that the courts should be relied upon in this area, and yet the courts are bound by *stare decisis*, despite the fact that the Supreme Court of Canada claims that it is not. In effect, if we are going to have real reform in certain respects, we should certainly get into this act and not just leave it up to the courts who have been propagating the same old rules, some of which have been criticized for years and years. I remember when I went to law school, there were criticisms of the hearsay rule, for example. You seem to feel that codification is bad; freezing something is bad; that it is plain enough as it is. It is your general attitude I am questioning.

Mr. Royal: I am unashamedly a common law lawyer; I am unashamedly a fan of the common law and I think the majority of the members in our association are, also. I began by pointing out that we are not opposed to uniformity; we are not opposed, for example, to the idea of the Canada Evidence Act, which is more wide-ranging than the one we presently have. What I and my associates are objecting to is, for example, freezing the law as it presently is, as given to us by the Supreme Court of Canada in the well-known case of *Wray vs. the Queen*, and one of the sections specifically does that. I see no good reason for taking that one decision, which may well be reconsidered at a future date by the Supreme Court of Canada, and changed, and freezing the law at that point.

Senator Godfrey: When was the *Wray* case decided?

Mr. Royal: In 1970. I think that the Supreme Court of Canada, with its present composition, might come up with a different result if that case came before them today, and I stress the word "might". One can never predict what the Supreme Court of Canada is going to do.

[Traduction]

bien connu que les avocats, et notamment les cabinets privés, sont surchargés et incapables de se regrouper pour déposer un témoignage collectif et c'est peut-être encore plus vrai des avocats d'assises, qui ont tendance à travailler individuellement ou dans de très petits cabinets. Nous sommes autant à blâmer et peut-être plus que les rédacteurs, mais la critique demeure. Nous n'avons pas été consultés. C'est peut-être notre faute. Je n'essaie pas d'en imputer ici la faute à qui que ce soit.

Le sénateur Godfrey: Avez-vous essayé de vous faire entendre et vous a-t-on refusé ce droit?

M. Royal: Nous n'avons pas cherché à le faire. Notre association a été créée en 1977, bien après les débats sur l'uniformité des règles de preuve. Cependant, nous avons présenté des observations sur le projet de loi en 1981 à l'Institute of Law Research and Reform d'Edmonton, observations, qui, je crois, ont été transmises aux rédacteurs.

Le sénateur Godfrey: Si je comprends bien, c'est en 1975 que le Comité s'est déplacé d'un bout à l'autre du pays c'est-à-dire avant la création de votre association.

Il y a une autre chose dont j'aimerais parler de façon générale. Vous avez dit qu'il n'était pas souhaitable de figer la loi mais vous semblez favoriser l'idée qu'on devrait recourir aux tribunaux à cet égard, bien que ceux-ci soient liés par la *stare decisis* même si la Cour suprême du Canada prétend qu'elle ne l'est pas. En fait, pour avoir une véritable réforme dans certains domaines, nous devrions être précis dans cette loi et non pas s'en remettre aux tribunaux qui propagent les mêmes vieilles règles, dont certaines sont critiquées depuis des années. Je me rappelle que pendant mon cours de droit, on critiquait la règle du oui-dire, par exemple. Vous semblez estimer que la codification est une mauvaise chose, que figer quelque chose est mauvais, que c'est assez bien comme ça. C'est votre attitude générale que je remets en question.

M. Royal: Je n'ai pas honte d'être un avocat de la common law ni d'être un fan de la Common law et je pense qu'il en est ainsi de la majorité des membres de notre association. J'ai commencé par souligner que nous n'étions pas opposés à l'uniformité ni, par exemple, à l'idée de la Loi sur la preuve au Canada, plus vaste que celle actuellement à l'étude. Ce à quoi mes collègues et moi nous nous opposons, c'est au fait par exemple de figer le droit dans sa forme actuelle telle que déterminée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire bien connue *Wray c. la Reine*, et c'est ce que fait l'un des articles. Je ne vois pas de raison de prendre cette décision, qui pourrait très bien être reconsidérée à un moment donné par la Cour suprême du Canada et modifiée.

Le sénateur Godfrey: Quand l'affaire *Wray* a-t-elle été jugée?

M. Royal: En 1970. Je pense que la Cour suprême du Canada, vu sa composition actuelle, pourrait en décider autrement si l'affaire lui était soumise aujourd'hui et j'insiste sur le mot «pourrait». On ne peut jamais prédire ce que fera la Cour suprême du Canada.

[Text]

Senator Buckwold: To follow your argument through to what might be its logical or illogical conclusion, you could almost anticipate any number of changes that could come about by Supreme Court decisions in the future. According to your assessment, that would mean we should not change anything because the Supreme Court might take a different outlook in the future and because of that we should not affect the law. Is that what you are telling us?

Mr. Royal: Not at all. I am very much in favour of statutory enactment, for example, in the area of business records. I think sections 29 and 30 of the Canada Evidence Act have been very useful to the Crown and also to the defence in telling us just how business records and records of financial institutions are to be brought into evidence in a criminal proceeding. I see nothing wrong in certain areas of the law of evidence which I think, classically, lend themselves to codification such as business records.

However, there are other areas, such as the admissibility of illegally obtained evidence, that I do not think lend themselves quite as nicely to codification or to statutory enactment, and I think that should be left to the courts to interpret on a case-by-case method.

Senator Godfrey: The ordinary practising lawyer has to go through numerous and various precedents to find out what the rules of evidence are. Would it not be a lot simpler to set it down where there is agreement as to what is desirable? To that extent it is a code in certain respects, and in other respects it is not a code. What is your comment on that submission?

Mr. Royal: I agree that the law of evidence is a complex area, but I do not agree that simply codifying the law, as is being proposed, will clarify that. In many instances, certainly as the cases develop, you will be thrown back to the cases. Perhaps the cases you will have to consider will start from the date the bills are enacted, but cases will be called upon to interpret the legislation.

As it is presently drafted, I find many clauses of the bill complex and difficult to understand. I can certainly envisage factual circumstances which are not covered by some of the provisions in the legislation, which would give the courts some considerable difficulty in deciding whether a particular piece of evidence or a line of questioning would be either admissible or permissible. I do not think you get away from all of your problems by codifying. The experience of the Quebec lawyers shows that they still refer to cases.

Senator Godfrey: I appreciate that.

Mr. Royal: Senator Asselin is nodding so I am sure he agrees with me.

Senator Lewis: I take it, then, you are saying that you feel no change is necessary.

Mr. Royal: No, with respect, I did not say that. The basis of our brief is that there should be further consultation with the practising bar before such very far-ranging amendments and enactments are brought into being; that is the gist of our brief, and that is what I want to leave you to consider. Such major

[Traduction]

Le sénateur Buckwold: Si l'on suit votre argument jusqu'à son aboutissement, logique ou illogique, vous pourriez pratiquement prévoir tous les changements découlant des jugements que rendra la Cour suprême. Selon vous, nous ne devrions rien changer, car la Cour suprême pourrait adopter un jour une façon de voir différente et que dans ces conditions nous ne devrions pas modifier la loi. Est-ce bien là votre pensée?

M. Royal: Nullement. Je suis très en faveur de la promulgation de lois dans le domaine, par exemple, des documents commerciaux. Je crois que les articles 29 et 30 de la loi sur la preuve ont été très utiles à la couronne et aussi à la défense, en ce sens qu'ils nous renseignent sur la manière de citer comme preuves, au cours des procédures criminelles, les documents commerciaux et financiers. Je ne reproche rien à certaines parties de la loi sur la preuve qui, comme les documents commerciaux, par exemple, prêtent traditionnellement à codification.

Mais d'autres domaines, comme celui de la recevabilité des preuves obtenues illégalement, ne donnent pas lieu aussi facilement à la codification ou à la promulgation d'une loi, et il devrait être laissé au tribunal le soin de donner à chaque cas une interprétation particulière.

Le sénateur Godfrey: Le praticien doit examiner minutieusement le nombre de précédents avant d'en dégager les règles de la preuve. Ne serait-il pas plus simple de stipuler celles qui, du consentement général, ont été reconnues désirables? Dans quelle mesure un code existe-t-il, sous certains rapports et non sous d'autres. Quelles sont vos remarques au sujet de ce mémoire?

M. Royal: J'admets que la Loi sur la preuve est fort complexe, mais je ne crois pas qu'on la précisera, en la codifiant comme on se propose de le faire. Dans bien des cas, à mesure que la cause évolue, on se trouve renvoyé aux précédents. Les causes qui vous seront confiées remonteront peut-être à la date de promulgation de la loi, mais on en invoquera pas moins des précédents invoqués pour son interprétation.

Dans le projet de loi sous son libellé actuel, je trouve nombre de dispositions compliquées et difficiles à comprendre. Il m'est facile d'imaginer des cas qui ne sont pas visés par les dispositions de ce projet de loi et à l'égard desquels le tribunal aurait beaucoup de difficulté à décider si un élément de la preuve ou un genre de questions, serait recevable ou permis. La codification ne saurait tout régler, comme peuvent vous le confirmer les avocats du Québec, qui doivent encore invoquer des précédents.

Le sénateur Godfrey: Je vois.

M. Royal: Je présume que le sénateur Asselin est de mon avis, car il approuve du chef.

Le sénateur Lewis: J'en conclus donc que vous n'estimez pas qu'un changement soit nécessaire.

M. Royal: Non, non; sauf votre respect, ce n'est pas ce que j'ai dit. Notre mémoire se fonde sur la nécessité d'une plus ample consultation avec les avocats en exercice, avant d'apporter des modifications ou d'adopter des mesures législatives aussi importantes; c'est là l'essence même de notre mémoire et

[Text]

changes to the law should not be brought about without further consultation with the practising Bar.

I can appreciate the position of the persons called upon to draft the legislation and the frustration they must feel when, after preparing a very lengthy and complicated bill being told by the practising bar, "Well, you didn't consult with us," after it would appear that serious efforts were made to consult. I am not ascribing fault and do not want to be seen as doing that by that statement. However, we would urge this committee to give the matter of further consultation high priority in coming to its conclusions.

Senator Asselin: We will.

Seantor Godfrey: Judging by what has gone on before and how long it takes to get legislation through Parliament, this will be a long process. I would point out that the Trademarks Act was considered for something like eight years. I submitted a bill four years ago in the Senate, and it was withdrawn.

Consultation does still take place. In fact, this brief itself is valuable to the authorities and to this committee. I do not know whether we should stop and start all over again because you want to wipe out the whole thing or whether we should confine ourselves to the parts of which you are critical.

Mr. Royal: The parts of which I am critical are the very essence of the legislation. We have not commented at all upon the civil rules because that is not our field.

Senator Godfrey: I have read the very extensive brief submitted by the civil bar, and they make many comments also.

You seem to be completely sold on the idea that the courts should decide what is right and what is wrong as far as what should be the law is concerned. On page 18 of your brief you criticize one section by saying:

This section would appear again to be in possible conflict with the very recent decision of the Supreme Court of Canada in *Vetrovec v. The Queen*, (1982) 67 C.C.C. (2d) 1.

I wrote beside that, "So what?" The courts are bound by previous decisions, although not so much the Supreme Court of Canada itself.

To get back to my original thesis, surely the authorities, the parliamentary committees, and the bar between them can come up with something that is a lot better than what the courts have produced over all these years and resolve some of the difficulties under which they labour, particularly their being bound by previous decisions which have no application in modern life.

Mr. Royal: As you have previously pointed out, the Supreme Court of Canada does not appear to feel bound by its previous decisions.

I agree with your basic approach, senator, that in our system, until very recently, being based on the British system,

[Traduction]

c'est ce que je soumetts à votre considération. Il ne faut pas apporter à la loi de si radicales modifications, sans qu'il y ait eu préalablement plus ample consultation avec la magistrature debout.

Je comprends la position du rédacteur de la loi et j'imagine la frustration qu'il éprouve lorsque, après avoir rédigé un projet de loi long et compliqué, il se fait dire par les avocats en exercice: «Vous auriez dû nous consulter», surtout lorsque, effectivement, il a multiplié ses efforts en vue d'obtenir la consultation. Mais loin de nous l'intention d'attribuer ici la responsabilité à qui que ce soit. Mais nous n'en insistons pas moins auprès du Comité pour qu'il accorde la plus grande importance à la consultation, avant d'en arriver à une conclusion.

Le sénateur Asselin: Nous n'y manquerons pas.

Le sénateur Godfrey: Si l'on en juge par ce qui s'est passé ici et le temps qu'il faut pour qu'un projet de loi soit adopté, cette consultation durera longtemps. Je vous signale que le Projet de loi sur les marques de commerce a été étudié pendant quelque huit années, avant son adoption. Il y a quatre ans j'ai présenté au Sénat un projet de loi qui a été retiré.

De fait, la consultation se poursuit et le présent mémoire est lui-même utile aux autorités et au Comité. J'ignore si nous devons nous arrêter ici et reprendre à zéro, étant donné que vous voulez tout abolir plutôt que de vous en tenir aux quelques passages qui méritent votre critique.

M. Royal: Les parties que je critique constituent le cœur de la loi. Nous n'avons pas parlé des droits civils, qui ne sont pas de notre domaine.

Le sénateur Godfrey: J'ai pris connaissance du mémoire très complet que nous a soumis le Barreau civil et où l'on trouve force remarques.

Vous semblez tout à fait persuadé qu'il revient au tribunal de décider de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas, établissant ainsi ce qui est légal. A la page 18 de votre mémoire, vous critiquez un article en ces mots:

Encore une fois, cet article pourrait être en contradiction avec la décision rendue tout récemment par la Cour supérieure du Canada dans l'affaire *Vetrovec c. La Reine* (1982) 67 C.C.C. (2^e) 1.

J'ai écrit en marge: «Et puis?» Les tribunaux sont liés par des décisions antérieures, mais la Cour suprême du Canada ne l'est pas au même point.

Pour en revenir à ma thèse première, les autorités en place, les comités parlementaires et le Barreau peuvent sûrement trouver quelque chose de mieux que ce qu'ils ont produit au cours de toutes ces années et aplanir certaines des difficultés actuelles qui proviennent particulièrement du fait qu'ils sont liés par des décisions antérieures qui ne s'appliquent plus à la réalité contemporaine.

M. Royal: Comme vous l'avez déjà signalé, la Cour suprême du Canada ne semble pas être liée par ses décisions antérieures.

En général, je me range à votre façon d'approcher la question, sénateur, puisque dans notre système qui, récemment

[Text]

Parliament was always considered to be supreme. I think you will find that, with the new Charter, Parliament is no longer supreme.

Senator Godfrey: They haven't eliminated us entirely.

Mr. Royal: I think you are going to be in for a very rude surprise. That is my only comment with respect to that.

Senator Asselin: I am sure Senator Godfrey is not against the idea of desirable amendment.

Senator Godfrey: No, that is what we are here for.

The Chairman: I should, perhaps, tell Mr. Royal that representatives from the Advocates' Society will be appearing before us. Mr. Greenspan of the criminal section will be appearing before this committee shortly. We will also be hearing from the Criminal Lawyers Association as well as the Canadian Bar Association. I can assure you that we will be hearing from the various groups and getting all sorts of fresh advice on possible changes.

I cannot help but feel, from what you have said, that, although you disapprove of the bill in its entirety and you disapprove of codification, if we were to make some changes that you feel are necessary, you might be able to live with it.

Mr. Royal: I think I would agree with that. If there are some fairly major amendments along the lines I have indicated, we would, probably, grudgingly, give our consent; let me put it that way.

The Chairman: I am glad to hear that, Mr. Royal.

The other point I would like to raise is that we have heard some evidence to the effect that this was not intended to be a code. There had been a draft code by the Law Reform Commission, as you are probably aware, some time ago, and it contains specific clauses that, in fact, reinforce the notion that it was intended to be a code.

This bill has specifically tried to avoid that, and tried to be, in fact, simply a compilation, or whatever technical word one uses, of existing law, with admittedly some changes. Mr. McKercher from the Canadian Bar Association felt that some of the changes to the current law were in fact beneficial, or could be beneficial. However, the argument was made, I think by Mr. Leask, that this was a codification.

I am still of an open mind as to whether this can be considered a code. I do not know whether you have a better definition of what is a code and what is not a code, or whether this is simply a compilation of existing laws of evidence.

Mr. Royal: Madam Chairman, I am not, nor do I purport to be, an expert in civil law. I am a criminal lawyer and a common law lawyer. I do not know what a code is either. I anticipate a code to be an exhaustive—and intended to be an exhaustive—enactment by statute of the law.

[Traduction]

encore, se modelait sur le système britannique, le Parlement était toujours considéré comme l'autorité suprême. Vous verrez, je crois, qu'avec la nouvelle Charte, il a cessé de l'être.

Le sénateur Godfrey: Nous ne sommes pas encore entièrement éliminés.

M. Royal: Vous serez, je crois, très désagréablement surpris. Je n'ai rien d'autre à dire sur ce point.

Le sénateur Asselin: Je suis sûr que le sénateur Godfrey ne s'oppose pas à une modification souhaitable.

Le sénateur Godfrey: Non, car quelle serait alors la raison d'être de notre présence ici.

Le président: Il convient peut-être de dire à M. Royal que les représentants de l'*Advocates' Society* témoigneront devant nous. M. Greenspan, de la section criminelle, comparaitra bientôt devant le présent comité. Nous entendrons également l'opinion de la *Criminal Lawyers' Association* ainsi que celle de l'Association du Barreau canadien. Soyez assuré que nous obtiendrons le point de vue des divers organismes concernés et que nous recueillerons tous les avis possibles quant aux changements éventuels.

Ce que vous avez dit m'oblige à penser que, même si vous n'approuvez pas entièrement le Projet de loi ou la codification, il vous sera peut-être possible de vous accommoder des modifications apportées, si vous les jugez opportunes.

M. Royal: Je le crois bien. Si des modifications assez importantes étaient apportées sur les points que j'ai signalé, il nous faudra probablement, à contre-cœur, donner notre consentement si j'ose ainsi m'exprimer.

Le président: Je suis heureux de vous l'entendre dire, M. Royal.

Autre question. Si l'on s'en remet à certains témoignages, il n'aurait jamais été question de codification. Il y a eu, vous le savez, un projet de loi rédigé il y a quelques temps par la Commission de réforme du droit; on y trouve des dispositions bien précises qui renforcent l'idée qu'il était question de faire un code.

Ce projet de loi essaie précisément d'éviter cela et se veut en fait une simple compilation ou quel que soit le terme technique qui est utilisé, de la loi actuelle en prévoyant évidemment certains changements. M. McKercher de l'Association du barreau Canadien estimait que certains des changements apportés à la loi actuelle étaient effectivement bénéfiques ou pouvaient l'être. Toutefois, quelqu'un a soulevé, je crois que c'était M. Leask, qu'il s'agissait d'une codification.

Je suis encore ouvert à la possibilité que cela puisse être considéré comme un code. Je ne sais pas si vous avez une meilleure définition de ce qui constitue ou ne constitue pas un code, ou de ce qui est simplement une compilation des lois actuelles sur la preuve.

M. Royal: Madame le président, je ne suis ni ne prétend être un expert en droit civil. Je suis un avocat du droit pénal de la common law. Je ne sais non plus ce que l'on entend par code. Je suppose qu'un code devrait constituer, logiquement un vaste recueil de lois.

[Text]

When we went through the bill—and we went through it in detail—it appeared that there were not many areas one runs across in one's practice that were not covered in Bill S-33. That is why I have referred to it as being a code. I am not sure whether my civil law friends would agree with that description, but that is how I approached the term "code".

Senator Donahoe: Madam Chairman, I do not know whether it is a code or whether it is not a code; all I know is that it codifies the law and, therefore, I can only say to you that a rose by any other name smells as sweet.

Senator Lewis: I wonder if Mr. Royal might like to comment on the work undertaken by the Institute of Law Research and Reform located in Alberta, as that work relates to the proposed bill.

I have not studied that institute's work to determine how closely it compares to the current bill.

Mr. Royal: I must confess that I am not familiar enough with that to comment on it this afternoon either. If I am not mistaken, I think that report is several years old now. Am I correct, senator?

Senator Lewis: The report was apparently published in June, 1982.

Mr. Royal: Then I must be confusing it with something else.

Senator Lewis: It says: "Uniform Evidence Act, 1981."

Mr. Royal: I am sorry, I am not familiar enough with it to comment on it this afternoon.

Senator Lewis: Then could you tell us something about the institute so that the committee may have some background?

Mr. Royal: The Institute of Law Research and Reform has been in existence for a number of years. It is stationed at the University of Alberta in the Faculty of Law. It has separate premises within that faculty. It has a number of well respected and senior people working on it.

Senator Asselin: Are they all professors of law?

Mr. Royal: Some are and some are not. The Chairman of the Institute, Mr. William Hurlburt, is a well-known Edmonton practitioner. He has been with the institute on a full-time basis for a number of years. That institute has done excellent work in the area of law research and reform, having undertaken that work primarily at the request of the provincial government.

The Chairman: If there are no further questions, honourable senators, I wish to thank Mr. Royal for his appearance before the committee today.

What we intend to do, as the hearings progress, is take them on a section-by-section basis and compare those with the objections raised by witnesses who appear before the committee in an attempt to put together an annotated commentary on the bill in its current form so that the members of the

[Traduction]

Lorsque nous avons étudié le projet de loi dans tous ses détails, nous avons constaté que presque toutes les questions qui pouvaient se poser dans la pratique étaient traitées dans le projet de loi S-33. C'est pourquoi je le définis comme un code. Je ne suis pas certain que mes amis du droit civil accepteraient cette description, mais c'est de cette façon que je conçois un «code».

Le sénateur Donahoe: Madame le président, j'ignore s'il s'agit d'un code ou non; tout ce que je sais c'est qu'il codifie la loi et par conséquent tout ce que je puis vous dire c'est qu'une rose se reconnaît à son parfum.

Le sénateur Lewis: Je me demande si M. Royal aimerait nous entretenir des travaux de l'Institute of Law Research and Reform, de l'Alberta, qui œuvre dans le sens du projet de loi.

Je n'ai pas étudié les conclusions de cet institut pour établir à quel point il se compare au projet de loi que nous avons sous les yeux.

M. Royal: Je dois avouer que je ne connais pas encore assez bien la question non plus pour vous renseigner cet après-midi. Sauf erreur, je pense que ce rapport date de plusieurs années maintenant, n'est-ce pas, sénateur?

Le sénateur Lewis: Le rapport avait apparemment été publié en juin 1982.

M. Royal: Je le confonds alors avec autre chose.

Le sénateur Lewis: On y lit: «Loi uniforme sur la preuve, 1981.»

M. Royal: Je suis désolé, je ne suis pas assez versé en la matière pour en traiter cet après-midi.

Le sénateur Lewis: Pourriez-vous alors nous donner certains renseignements pertinents sur l'Institut?

M. Royal: L'Institute of Law Research and Reform existe depuis un certain nombre d'années. Il est installé à la Faculté de droit de l'Université d'Alberta. Il occupe des locaux distincts dans cette faculté. Il regroupe entre autres des personnalités éminentes fort respectées.

Le sénateur Asselin: S'agit-il dans tous les cas de professeurs de droit?

M. Royal: Certains le sont, d'autres non. Le président de l'Institut, M. William Hurlburt, est un avocat en exercice, bien connu à Edmonton. Il travaille à l'Institut à plein temps depuis un certain nombre d'années. Cet Institut a fait un excellent travail dans le domaine de la recherche juridique et de la réforme du droit, et ce principalement à la demande du gouvernement provincial.

Le président: S'il n'y a pas d'autres questions, honorables sénateurs, je désirerais remercier M. Royal d'avoir bien voulu comparaître devant le Comité aujourd'hui.

Ce que nous avons l'intention de faire, au fur et à mesure des audiences, c'est de procéder article par article et de comparer ceux-ci avec les objections soulevées par les témoins qui comparaissent devant le Comité. Nous voulons ainsi rassembler un recueil de commentaires annotés sur le projet de loi

[Text]

committee may understand it more fully than they do at the moment.

We would be pleased to contact you so that you might give us some clarification of your comments when we are more familiar with the various objections. In fact, some witnesses have actually approved of some of the proposed changes.

Senator Asselin: Before we adjourn, Madam Chairman, I should like to ask the witness the following: If we consider your suggestions as possible amendments, would you be happy?

Mr. Royal: Our association, I think, would be less unhappy.

I would ask, too, Madam Chairman, if possible, that our association be provided with the annotated commentary to which you referred, and also, if available, any further testimony given, particularly by Mr. Greenspan because he is well known, and also from representatives of the Criminal Lawyers Association, which is a Toronto organization, I presume.

I would certainly welcome receipt of transcripts of the proceedings so that I could circulate those to our membership.

The Chairman: Mr. Bélisle, the clerk of the committee, will be sending you copies of the proceedings, Mr. Royal.

Senator Asselin: Madam Chairman, if it is the opinion of the witness' association that there is no need for changes regarding the uniformity of evidence—

Mr. Royal: I think I mentioned in my brief, in the conclusion, and I think also in my opening comments, that we are not opposed to uniformity. We may be opposed to codification, but we are not opposed to uniformity in certain important areas, for example, business records, which we already have, and other areas.

The Chairman: Thank you, honourable senators. Another meeting of the committee is scheduled for Thursday morning at 9 o'clock. At that time the civil section of the Advocates' Society will be appearing. Mr. John Nelligon, Q.C., will be the witness at that time.

Senator Lapointe: From which province?

The Chairman: From Ontario.

Senator Asselin: Madam Chairman, at the same hour a meeting of the Foreign Affairs Committee is scheduled.

The Chairman: I will have to contact the chairman of that committee. We seem to have a permanent conflict with that committee. When other committees meet at the same time, it makes it difficult for senators to attend our meetings.

The committee adjourned.

[Traduction]

actuel pour que les membres du Comité en aient une meilleure vue d'ensemble qu'à l'heure actuelle.

Il nous fera plaisir de vous contacter afin que vous puissiez nous donner des précisions sur vos commentaires lorsque nous serons plus au courant des diverses objections. En fait, des témoins ont déjà approuvé certains des changements proposés.

Le sénateur Asselin: Avant que nous levions la séance, madame le président, j'aimerais demander au témoin s'il lui plairait que nous considérions ces suggestions comme des amendements possibles.

M. Royal: Notre association, je pense, en serait ragaillardie.

Je souhaiterais également, madame le président, si c'est possible, que notre association reçoive le recueil de commentaires annotés dont vous avez parlé et copie de tout autre témoignage donné, plus particulièrement celui de M. Greenspan, parce qu'il est très réputé et ceux aussi des représentants de la Criminal Lawyers' Association, un organisme de Toronto, je suppose.

Je serais certes très heureux de recevoir les transcriptions des délibérations que je pourrais faire circuler parmi les membres de notre association.

Le président: M. Bélisle, le greffier du Comité, vous fera parvenir copie des délibérations, monsieur Royal.

Le sénateur Asselin: Madame le président, si l'Association du témoin est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de modifier les dispositions relatives à l'uniformisation de la preuve...

M. Royal: Je pense avoir mentionné à la fin de mon mémoire et également dans ma déclaration préliminaire, que nous ne sommes pas opposés à l'uniformisation. Il se peut que nous soyons opposés à une codification, mais nous ne sommes pas opposés à l'uniformisation dans certains domaines importants, par exemple, les dossiers commerciaux, que nous avons déjà et dans d'autres domaines.

Le président: Merci, honorables sénateurs. Une autre réunion du Comité est prévue pour jeudi matin à 9 heures. La section du droit civil de The Advocates' Society comparaitra. M. John Nelligon, c.r., sera notre témoin.

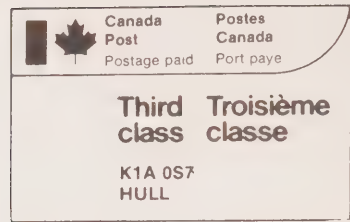
Le sénateur Lapointe: De quelle province?

Le président: De l'Ontario.

Le sénateur Asselin: Madame le président, une réunion du Comité des affaires étrangères doit avoir lieu à la même heure.

Le président: Je devrai donc contacter le président de ce comité. Il semble que nous soyons toujours en conflit avec ce comité. Lorsque d'autres comités se réunissent à la même heure, les sénateurs peuvent difficilement assister à nos réunions.

La séance est levée.



If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Printing Office
Supply and Services Canada
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Quebec, Canada, K1A 0S7

En cas de non-livraison
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Imprimerie du gouvernement canadien
Approvisionnement et Services Canada
45, boulevard Sacre-Coeur
Hull, Quebec, Canada, K1A 0S7

WITNESS—TÉMOIN

From the Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton:

Mr. Peter J. Royal, President.

De la Criminal Trial Lawyers Association d'Edmonton:

M. Peter J. Royal, président.



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Président:
L'honorable JOAN NEIMAN

Thursday, April 28, 1983

Le jeudi 28 avril 1983

Issue No. 54

Fascicule n° 54

Sixth proceedings on:

Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Sixième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»

WITNESS:
(See back cover)

TÉMOIN:
(Voir à l'endos)



THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*
The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman
Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

THURSDAY, APRIL 28, 1983

(77)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 9:00 a.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Deschatelets, Donahoe, Godfrey, Lapointe, Lewis, Neiman, Pitfield, Robichaud and Rousseau. (9)

In attendance: Mrs. Monique Hébert, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witness: From the Advocates' Society—Civil Litigation: Mr. John P. Nelligan. Q.C.

The Committee considered Bill S-33 intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

Mr. Nelligan made a statement and answered questions.

On motion of Senator Donahoe, it was agreed, — That the written briefs presented by The Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton and by the Advocates' Society (Civil), be printed as appendices to this day's Proceedings of the Committee. (*See appendices "54-A" and "54-B" respectively*).

At 9.55 a.m. the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAL

LE JEUDI 28 AVRIL 1983

(77)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 9 heures sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Deschatelets, Donahoe, Godfrey, Lapointe, Lewis, Neiman, Pitfield, Robichaud et Rousseau. (9)

Aussi présente: M^{me} Monique Hébert, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoin: de la Advocates' Society—Civil Litigation:

M. John P. Nelligan, c.r.

Le Comité étudie le projet de loi S-33 intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

M. Nelligan fait une déclaration et répond aux questions.

Sur motion du sénateur Donahoe, il est convenu,—Que les mémoires présentés par la *Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton* et la *Advocates' Society (Civil)*, soient imprimés en annexe aux délibérations de ce jour (*Voir les appendices «54-A» et «54-B» respectivement*).

A 9 h 55, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

Le greffier du Comité

Paul Bélisle

Clerk of the Committee

EVIDENCE

Ottawa, Thursday, April 28, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 9 a.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (Chairman) in the Chair.

The Chairman: We are pleased to have as our witness this morning Mr. John Nelligan, Q.C., a very distinguished member of the Canadian bar and, in particular, of our Ottawa legal fraternity.

Mr. Nelligan will bring us his views and, specifically, the views of the Advocates' Society, which he represents here today, regarding the clauses of Bill S-33 which concern civil procedures. I would point out that he has obtained permission to be absent from court where he was scheduled to appear at 10 o'clock this morning. He is in the midst of a trial. He is, therefore, obviously under a good deal of pressure to return to court as soon as possible. I would therefore ask senators to limit their questions, so that Mr. Nelligan can leave us when he must.

Mr. Nelligan, would you commence, please?

Mr. John P. Nelligan, Q.C., Advocates' Society—Civil Litigation: Thank you, Madam Chairman.

Honourable senators, I am honoured to be here because this is the type of discussion that we feel must go on when one contemplates the enactment of a bill of this kind. We have presented this brief to you because we feel the Advocates' Society is one of those groups which is most directly concerned with this type of legislation.

The Advocates' Society was founded some 12 years ago by practising barristers in Ontario. It was felt at that time that the professional concerns of those who spent the bulk of their time in the courts could best be looked after by a group of practising barristers. The society was founded by a distinguished group including Mr. Robinette, Mr. Justice Arnup, and a number of others whom I am sure you all know. We courtroom lawyers formed the society, and there are now some 1,000 members in Ontario.

We confine our members to those who spend at least 70 per cent of their time in the courts and who have been at bar at least five years, so we are not just a general group of lawyers with a certificate from a law school. We are the people in the vineyard; we are out there working in the courts and dealing with the laws of evidence every day.

We received this bill and began work on it. I must apologize for the language and roughness of the draft brief, but it was done with a sense of urgency because we knew that you had to deal with it this spring. As a result, we do not suggest that it is as thorough as it should be.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le jeudi 28 avril 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-33, donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, se réunit aujourd'hui à 9 heures pour étudier ledit projet de loi.

Le sénateur Joan Neiman (président) occupe le fauteuil.

Le président: Nous avons le plaisir d'avoir avec nous ce matin M. John Nelligan, c.r., membre éminent du barreau canadien et, en particulier, de la communauté juridique d'Ottawa.

M. Nelligan nous donnera son avis sur les dispositions du projet de loi S-33 qui touchent la procédure civile et nous fera également connaître l'opinion de l'Advocates' Society, qu'il représente ici aujourd'hui. Je vous signale qu'il a obtenu la permission de s'absenter du tribunal où il devait plaider à dix heures ce matin. Il est en plein procès. Par conséquent, il est évidemment pressé de retourner au tribunal le plus vite possible. Je vous demanderais donc de limiter vos questions afin que M. Nelligan puisse nous quitter dès qu'il le devra.

Monsieur Nelligan, vous avez la parole.

M. John P. Nelligan, c.r., Advocates' Society—causes civiles: Merci, madame le président.

Honorables sénateurs, c'est pour moi un honneur d'être ici aujourd'hui; nous pensons que les discussions de ce genre sont nécessaires lorsque le gouvernement songe à adopter des projets de loi comme celui-ci. Nous vous avons soumis un mémoire parce que nous estimons que l'Advocates' Society est un des groupes les plus directement touchés par ce projet de loi.

L'Advocates' Society a été fondée il y a une douzaine d'années par des avocats ontariens en exercice, qui estimaient qu'une organisation de ce genre serait la mieux placée pour défendre les intérêts professionnels d'avocats passant le plus clair de leur temps devant les tribunaux. La société a été mise sur pied par un groupe d'avocats éminents, dont faisaient partie M. Robinette et M. le juge Arnup, ainsi que plusieurs autres que vous connaissez sûrement tous. Elle se compose uniquement d'avocats plaidants et compte maintenant environ 1,000 membres en Ontario.

Tous nos membres passent au moins 70 p. 100 de leur temps devant les tribunaux et ont été reçus au Barreau depuis au moins cinq ans; nous ne sommes donc pas simplement un groupe général réunissant des avocats diplômés d'une faculté de droit. Nous sommes les combattants de première ligne, qui avons à appliquer chaque jour les règles de la preuve devant les tribunaux.

Nous avons commencé à étudier ce projet de loi dès réception. Je vous demande d'excuser les faiblesses de style de notre mémoire, mais nous l'avons rédigé de toute urgence parce que nous savions que vous deviez vous pencher sur le projet de loi

[Text]

For the purposes of our study we divided the bill into two sections, and those members of our society who practice principally in the criminal courts have submitted a separate brief to you. I understand arrangements have been made for Mr. Greenspan to present the criminal aspects of this bill later. Since his name has already been taken in vain before this committee in other sessions, he is most anxious to put the criminal lawyers' views before you.

We on the civil side—and most of my practice has been on the civil side—have not quite the same agonizing concerns as the criminal lawyers, but we do, professionally, feel that this legislation as it now stands will present professional problems to us.

I have read the proceedings of your first two sessions. I have tremendous sympathy for the positions taken by the Attorney Gen and, in particular, by your American expert who spoke of the marvels of codification in the United States.

Let me say that our experience has not been that there is this breaking down of unity in the field of evidence. My experience, in talking to lawyers across the country—perhaps excluding those from Quebec because sometimes their approach to these matters is more esoteric than ours—has been that we are speaking a common language. When I talk to a British Columbia lawyer, a lawyer from the maritimes or, in fact, an English lawyer, we understand each other's evidence rules now, except in the case of certain statutory changes such as the rights of an accused, mainly in the criminal field, to have questions asked or not asked. When a principle is gradually developed through judicial interpretation, we can follow the decisions and understand them because they are being made—and I do not say this with any sense of intellectual superiority—by persons who know how we think. Those are the judges, and we have worked with the judges. While we may criticize the occasional decision a judge makes, we have, frankly, more confidence in the evolution of these principles of fundamental justice in the trying of issues before the courts rather than proceeding by way of an arbitrary—and I hesitate to use that word—or a precise statutory definition.

That is our general concern. Perhaps it is just because we have been at this business a long time and we do not like to change, but we are nervous about absolute codification. I know that has been disclaimed, but it seems to be the line now being followed. We feel that, subject to the odd aberration, which has to be changed from time to time, the old system is working and we would be quite satisfied to leave it as it is.

The second matter of concern is that, even where there is an attempt to formulate in legislative language a principle which has been handed down by the courts, the mere paraphrasing of that principle, as is required when one attempts to put it into a statute, can emasculate the principle and make it more difficult to apply in the future. Therefore, again, we sometimes

[Traduction]

ce printemps. Par conséquent, notre mémoire n'est pas aussi exhaustif qu'il aurait dû l'être.

Pour les besoins de notre étude, nous avons divisé le projet de loi en deux parties; les membres de notre société qui plaident surtout au criminel vous ont préparé un mémoire distinct. On m'a dit que M. Greenspan devait traiter plus tard des aspects de ce projet de loi qui touchent au criminel. Ayant déjà été mis en cause devant votre comité au cours d'autres séances, il est très impatient de vous exposer le point de vue des avocats plaissant au criminel.

Du côté civil, où j'ai pratiqué pendant presque toute ma carrière, nous n'avons pas tout à fait les mêmes inquiétudes que les avocats du criminel, mais nous estimons que ce projet de loi, tel qu'il se présente maintenant, nous posera des problèmes professionnels.

J'ai lu les délibérations de vos deux premières séances. Je comprends très bien la position exposée par le Procureur général et surtout par votre spécialiste américain, qui a dit beaucoup de bien de la codification adoptée aux États-Unis.

Cependant, je dois dire qu'au Canada, les règles de preuve sont généralement plus uniformes qu'elles l'étaient aux États-Unis. Personnellement, lorsque je discute avec des avocats d'autres régions du pays—à l'exclusion peut-être de ceux du Québec, parce qu'ils traitent de ces questions de façon plus ésotérique que nous—je parle à peu près la même langue qu'eux. Lorsque je m'adresse à des avocats de Colombie-Britannique, des Maritimes ou même d'Angleterre, je comprends leurs règles de preuve et ils comprennent les miennes, à l'exception de certains changements statutaires comme le droit qu'a l'accusé, surtout en matière criminelle, de demander que certaines questions soient posées et que d'autres ne le soient pas. Lorsqu'un principe est graduellement mis au point, par suite des interprétations des juges, nous comprenons les décisions à ce sujet parce qu'elles sont prises par des gens qui savent ce que nous pensons. Il ne s'agit nullement de supériorité intellectuelle; nous sommes habitués à travailler avec ces juges. Nous pouvons critiquer leurs arrêts à l'occasion, mais franchement, pour favoriser l'évolution de ces principes de justice fondamentale, nous avons davantage confiance dans les tribunaux que dans une définition arbitraire—bien que j'hésite à me servir de ce terme—ou trop précise de ces principes dans une loi.

C'est là notre principale préoccupation. C'est peut-être parce que nous faisons ce travail depuis longtemps et que nous ne voulons pas changer nos habitudes, mais nous voyons arriver avec une certaine inquiétude la codification absolue des règles de la preuve. Je sais que les juristes s'en défendent, mais il semble que ce soit désormais leur ligne de conduite. Nous estimons que, malgré ses lacunes, qu'il est facile de supprimer au besoin et qui sont d'ailleurs assez rares, l'ancien système fonctionne bien; nous serions donc satisfaits de le laisser tel quel.

La seconde question qui nous préoccupe, c'est que lorsqu'on tente d'inclure dans une loi un principe transmis par les tribunaux, le simple fait de paraphraser ce principe peut en affaiblir la portée et en compliquer l'application. Par conséquent, encore une fois, nous nous demandons parfois quelle pourra être l'utilité de ces changements.

[Text]

wonder just how helpful some of these changes will be in the future.

The third thing, of course, is that every time you re-express or re-define a principle, a new ball game starts and you then go through a whole new series of judicial interpretations.

At the moment, we generally understand evidentiary rules. Over the last few days I have been engaged in a trial with very experienced counsel on both sides. Where there is an objection to evidence, it is disposed of practically instantaneously by an almost mutual appreciation of each other's stand and an appreciation that the judge knows what we are talking about. The moment new rules come in there will have to be references to the Court of Appeal and there will be a lot of delay in determining just what these evidentiary rules are. Maybe it is just that I am older and lazier, but when you have a system that works, you hate to see it upset.

Having said that, we appreciate that there is need for reform in particular instances of the laws of evidence, and therefore we hesitate to come out and say that this bill is no good. All we are basically concerned with is that, as working members of the judicial process, we should have this opportunity to point out what appear to us to be anomalies in the approaches that have been taken and the dangers in the codification of certain principles which are still evolving.

We have set out for the committee a number of problems that we anticipate might occur over the course of the next few years if the bill is enacted in its present form. Perhaps some clauses should go into effect right away, but we feel that at best this bill requires more work on the technical side.

In particular, we are concerned about the hearsay rules. This is a very dangerous field. Frankly, the laws of hearsay evidence frighten us because they give an unscrupulous person an opportunity to manipulate evidence, knowing that by making a statement in a certain way he may ultimately get it before the courts unchallenged. Perhaps our fears are blown up, but they are real.

An example of that is the statement that first-hand hearsay will be acceptable but not second-hand hearsay. Well, if one cannot challenge the hearsay rule, how does one know if it is first-hand hearsay or second-hand hearsay? A witness might get into the box and say: "I, John Doakes, say that Bill killed Tom." That goes in because it is first-hand hearsay, but did the person who expressed the original statement, who remains unchallenged, say what he saw or what he heard from someone else? And so it goes. I only give that by way of example. I hesitate to go into details.

We would be delighted to work with any committee and any group designated to polish and change the language of the bill with a view, I would trust, to confine the bill to those parts of the laws of evidence that genuinely require revision, and then to determine, by testing it in court, whether it will work.

[Traduction]

Le troisième point, évidemment, c'est que chaque fois qu'on exprime ou qu'on définit un principe de nouveau, il faut recommencer à zéro, en se fondant sur toute une série de nouvelles interprétations judiciaires.

Pour le moment, nous comprenons généralement très bien les règles de la preuve. Depuis quelques jours, je participe à un procès opposant des avocats très expérimentés des deux côtés. Lorsque l'un d'eux s'oppose à la présentation d'un élément de preuve, celui-ci est rejeté à peu près instantanément; chacun sait évaluer la position de l'autre, et le juge sait normalement de quoi nous parlons. Dès qu'il y aura de nouvelles règles, nous devrons souvent aller en cour d'appel, et il faudra beaucoup de temps pour définir exactement l'interprétation de ces règles. Je suis peut-être simplement un vieux paresseux, mais lorsqu'un système fonctionne, je trouve dommage de le bouleverser.

Cela dit, nous reconnaissons qu'il faut des réformes dans des secteurs particuliers du droit de la preuve et nous hésitons par conséquent à affirmer carrément que ce projet de loi ne vaut rien. Tout ce que nous voulons en fait, à titre de participants au processus judiciaire, c'est avoir l'occasion de signaler les anomalies que nous avons décelées dans les solutions adoptées, ainsi que les risques que présente la codification de certains principes encore en évolution.

Nous avons isolé pour le Comité un certain nombre de problèmes susceptibles de se produire au cours des prochaines années si le projet de loi est adopté sous sa forme actuelle. Certaines de ses dispositions pourraient entrer en vigueur dès maintenant, mais nous estimons qu'il doit au moins être remanié du point de vue technique.

Nous sommes particulièrement préoccupés par les règles du oui-dire. Il s'agit là d'un terrain très dangereux. Franchement, les règles relatives à la preuve par oui-dire nous font peur, parce qu'elles permettent à une personne sans scrupules de manipuler la preuve en sachant que, si elle présente sa déclaration d'une certaine façon, elle parviendra à la faire accepter sans opposition du tribunal. Nos craintes sont peut-être exagérées, mais elles ne sont pas moins réelles.

Par exemple, la déclaration d'un témoin sera acceptée s'il a lui-même eu directement connaissance du fait rapporté, mais non s'il en a simplement entendu parler. Or, n'importe quel témoin peut arriver à la barre et dire: «Moi, Jean Tremblay, j'affirme que Pierre a tué Paul.» Cette déclaration serait normalement acceptée parce qu'elle semble indiquer que le témoin a eu directement connaissance du meurtre; mais s'il est impossible de contester l'exactitude de sa déclaration, comment savoir si le témoin parle d'un fait qu'il a vu lui-même ou d'une histoire dont il a entendu parler par quelqu'un d'autre? Ce n'est là qu'un exemple; je ne voudrais pas entrer dans les détails.

Nous nous ferons un plaisir de travailler avec tout groupe ou comité chargé d'améliorer le libellé de ce projet de loi afin, je l'espère, de le limiter aux aspects du droit de la preuve qui nécessitent une véritable révision et de déterminer ensuite si ces modifications sont efficaces en en faisant l'essai devant les tribunaux.

[Text]

I admire people in schools and in government for their powers of draftsmanship and analysis of precedents. When I appear in court I may not have had the time to look up all the cases. I just intuitively say it must be a certain way, and then we argue it out and it normally works that way. If I have to appear before the court of appeal, then I look up the cases. The academics do that normally, but the practitioners remember cases.

I was not on the committee that drafted this brief. Unfortunately the chairman of that committee is abroad at this time, and I was asked to appear before you today because I reside in Ottawa.

To give you some background on the evidence of the right of a judge to take account of what he sees, I can give you the example of the first time I ever appeared in the Supreme Court of Canada. The appeal arose because of a decision of a judge who had taken into account the scene of the accident. In his reasons for judgment he found that there was no repair of the highway because it was evident from examination of the scene that the road sloped up at a particular point. There was no evidence before him to that effect. No witness had ever referred to that slope, but the judge had elected to, in effect, become his own witness. The Supreme Court of Canada at that time threw me out on it—I was trying to defend the judge's decision—on the basis that that was an observation by the judge which had not been tested by cross-examination, which had not been presented to the other side for a determination as to its truth, and, therefore, the judge had made his decision on an improper basis.

That appeal hearing came back to me as I read the text of this brief, because I could see that this could be a problem in a similar situation in the future. It is because of this sort of thing that those of us who are out there all the time are asking for a review. No individual among us can give you all the answers, but collectively we may be of some assistance in polishing up this bill and confining it to those areas that would be useful to the courts and lawyers.

If there are any questions, I am prepared to answer them.

Senator Robichaud: Madam Chairman, Mr. Nelligan said that he would be prepared to appear before a committee that would review the legislation, but is there anything specific he would like to see amended in the proposed legislation? Can he identify what areas he would like to see reviewed?

Mr. Nelligan: In pages 3 through to 14 of the brief, senator, we have set out individual clauses to which we feel further consideration should be given.

I hesitate to go through them clause by clause at this time, but we did take the hearsay clauses, clauses 45 through to 79, and dealt with those under one particular heading. Gen clauses of the bill we have dealt with *seriatim* throughout the brief. We have given notice of a number of individual clauses that we would like to be heard on, but there are other clauses to which we think a particular amendment would be acceptable, and we would be prepared to go through them on a detailed

[Traduction]

J'admire les gens qui travaillent dans les universités et les gouvernements; ils sont très très doués pour la rédaction et pour l'analyse des précédents. Personnellement, lorsque je plaide, je n'ai pas toujours le temps de vérifier au préalable toutes les causes similaires à la mienne. Je me fie à mon intuition pour prendre mes décisions et ensuite, nous en discutons; cela fonctionne normalement très bien. C'est seulement si je dois comparaître en cour d'appel que j'étudie la jurisprudence. Les universitaires le font constamment mais les praticiens se contentent de se rappeler certains procès.

Je ne faisais pas partie du comité qui a rédigé ce mémoire. Malheureusement, le président de ce comité est à l'étranger à l'heure actuelle; on m'a demandé de comparaître devant vous aujourd'hui parce que j'habite Ottawa.

Dans la première cause que j'ai plaidée devant la Cour suprême du Canada, il s'agissait de définir si un juge a le droit de se fonder sur des choses qu'il a vues lui-même. C'était un appel découlant de la décision d'un juge qui s'était rendu lui-même sur la scène d'un accident. Dans le prononcé de son jugement, il indiquait que la route était en mauvais état; il était en effet évident à l'examen que la chaussée faisait saillie à l'endroit où l'accident s'était produit. Or, personne ne lui avait présenté de preuve à ce sujet; aucun témoin n'avait jamais parlé de cette saillie, mais le juge avait décidé en fait, de devenir son propre témoin. J'essayais de défendre sa décision, et la Cour suprême m'a donné tort, alléguant que cette observation du juge n'avait pas été soumise à un contre-interrogatoire et n'avait pas été présentée à l'autre partie afin que celle-ci en détermine la véracité; par conséquent, la décision était mal fondée.

Ce souvenir m'est revenu lorsque j'ai lu le mémoire, parce que je me suis rendu compte que ce problème pourrait se poser à l'avenir dans une situation semblable. C'est pour des raisons de ce genre que nous, qui sommes devant les tribunaux constamment, voulons voir modifier le projet de loi. Aucun d'entre nous ne peut donner toutes les solutions, mais collectivement, nous pourrions vous aider à le remanier, et à le limiter aux secteurs utiles aux tribunaux et aux avocats.

Je suis maintenant prêt à répondre à vos questions.

Le sénateur Robichaud: Madame le président, M. Nelligan se dit prêt à comparaître devant un comité chargé d'étudier le projet de loi. J'aimerais savoir cependant s'il a des modifications précises à proposer, et à quels articles.

M. Nelligan: De la page 3 à la page 14 de notre mémoire, sénateur, nous exposons de façon précise les dispositions qu'il faudrait selon nous étudier de plus près.

J'hésite à en discuter article par article pour le moment. Nous avons regroupé sous une même rubrique toutes les dispositions portant sur le oui-dire (les articles 45 à 79), mais les autres clauses du projet de loi sont traitées une par une dans notre mémoire. Nous aimerions être consultés plus longuement au sujet de certaines dispositions, mais pour certaines autres, nous proposons des modifications précises. Nous les passerons volontiers en revue en détail avec vous. Pour le

[Text]

basis. I think your committee is now aware of those areas with which we are particularly concerned.

The Chairman: Senator Robichaud, the Advocates' Society has presented the committee with a brief. I believe you have a copy of it, and it will be appended, subject to a motion, to the proceedings of this day. That will be a beginning, as Mr. Nelligan does not have the time to go through each clause of the bill in detail today. We are grateful for his offer and we will undoubtedly take him up on it.

Senator Robichaud: Has the Charter of Rights and Freedoms in any way affected the current laws of evidence, and does the Charter in any way affect the proposed legislation?

Mr. Nelligan: I think we express concern in that regard in our brief. Mr. Greenspan will go into detail with regard to the criminal aspect.

In general terms, we should like to think that the Charter of Rights and Freedoms will not affect the legislation, but that is something that, in the present state of the art, no one can guarantee. Given the ingenuity of litigants before the courts, I would be very surprised if the Charter of Rights and Freedoms is not invoked one way or another, whatever one does.

Senator Robichaud: Has the Charter been invoked under the old laws of evidence?

Mr. Nelligan: I have not been made aware of that, although there may be some cases that have not come to my attention where the common law rules of evidence have been challenged as violating the Charter of Rights and Freedoms.

Senator Godfrey: Mr. Nelligan, page 1 of the brief states:

In our view, it is undesirable to attempt to codify existing common law rules of evidence. In the first place, we see absolutely no necessity for doing so, as the present rules are well understood by judges and lawyers.

I believe we heard some testimony from officials from the department that there were some difficulties with the present laws of evidence, that they were scattered all over cases, and so forth. You are speaking for what I might describe as an elite body of practitioners. That quote would probably apply to members of your society, but there are many people who appear before the courts from time to time who are not as learned as are members of your society. Do you not think that some kind of codification would make it simpler for them and assist them?

I imagine that in small towns lawyers mix their practice between the courts and other areas of law. I would like your general comment on the department's position, that it does help in certain instances.

Mr. Nelligan: I am not quite sure whether this country practitioner you speak of, who after all has studied law, including the laws of evidence and is supposed to be basically qualified, is going to be assisted by a code. The difficulty with a code is that one cannot, in a few words in a section, encompass all the problems, variations or shades of difficulty in a particular evidentiary situation. If the practitioner under-

[Traduction]

moment, je pense que votre Comité est au courant des points qui nous inquiètent le plus.

Le président: Sénateur Robichaud, l'Advocates' Society a soumis un mémoire au Comité. Je pense que vous en avez un exemplaire, mais de toute façon, ce document sera annexé aux délibérations d'aujourd'hui, si je reçois une motion en ce sens. Ce sera un début, puisque M. Nelligan n'a pas le temps aujourd'hui de discuter en détail de chaque article du projet de loi. Nous lui sommes reconnaissants de nous avoir proposé de le faire plus tard et accepterons certainement son offre.

Le sénateur Robichaud: La Charte des droits et libertés a-t-elle eu un effet quelconque sur les actuelles règles de la preuve; en aura-t-elle sur la loi proposée?

M. Nelligan: Nous exprimons nos préoccupations à ce sujet dans notre mémoire. Pour ce qui est du côté criminel, M. Greenspan vous en parlera plus en détail.

En termes généraux, nous nous plaisons à croire que la Charte des droits et libertés n'influera pas sur ce projet de loi, mais personne ne peut le garantir à l'heure actuelle; étant donné l'ingéniosité des avocats plaçant devant les tribunaux, je serais très surpris qu'elle ne soit pas invoquée d'une façon ou d'une autre, quoi que nous fassions.

Le sénateur Robichaud: La Charte a-t-elle été invoquée jusqu'ici relativement aux anciennes règles de preuve?

M. Nelligan: A ma connaissance, non, mais il est possible que les règles de la Common law sur la preuve aient été contestées parce qu'elles étaient contraires à la Charte des droits et libertés.

Le sénateur Godfrey: Monsieur Nelligan, vous dites à la première page de votre mémoire:

«Nous ne croyons pas opportun d'essayer de codifier les actuelles règles de la preuve dans la *common law*. D'abord, parce que les règles actuelles sont très bien comprises des juges et des avocats.»

Si je me souviens bien, des fonctionnaires du ministère nous ont dit que les actuelles règles de la preuve posent certains problèmes, notamment parce qu'elles sont trop éparpillées. Vous parlez au nom d'un groupe que je pourrais qualifier d'élite des praticiens. Cette citation s'applique donc probablement aux membres de votre profession, mais il y a beaucoup de gens qui plaident devant les tribunaux de temps en temps et qui ne sont pas aussi compétents. Ne pensez-vous pas qu'une certaine codification leur simplifierait la tâche?

Dans les petites villes, les avocats partagent leur temps entre les tribunaux et d'autres domaines du droit. Pensez-vous que le ministère a raison de dire que cette codification sera utile dans certains cas?

M. Nelligan: Je ne suis pas certain que ce praticien de la campagne dont vous parlez—et qui après tout, a étudié le droit, donc les règles de la preuve, et est censé être relativement qualifié—je ne suis pas certain, donc, qu'un code lui soit d'une quelconque utilité. Le problème, c'est qu'un code ne peut englober, en quelques mots par article, toutes les difficultés que pose la preuve ou toutes les nuances des divers cas. Si le

[Text]

stands the principles and if the presiding officer has some basis of understanding of those principles, it normally goes through.

The real problem arises with a layman appearing in the courts, and a code is not going to assist him because it will still be too large for him to appreciate. My experience has been that an individual appearing on his own behalf before the courts is gently guided by the judge. Of course, we lawyers are constantly frustrated because they are allowed to, as we say, sneak things in that we, as lawyers, would never be allowed to put in, simply because a judge understands that lay people do not know what hearsay is, and do not know what an oath is, in some cases. There has to be some flexibility, but I am not satisfied that a code will help. I do not know how you would even index the code to present it to practitioners for dealing with individual problems.

Senator Godfrey: At the bottom of page 2 of your brief you state:

We have also gained the distinct impression that many of the proposed sections, although applying equally to criminal and civil cases, seem to have been designed to provide remedies for perceived difficulties in the prosecution of criminal cases, and are certainly wholly unsuited to the trial of civil cases.

My impression was that they had certain rules provided for dealing with hearsay in criminal cases and different rules in civil cases under this process.

Mr. Nelligan: Impressions are difficult to define precisely. As we read these revisions and ask ourselves why would they now state it this way, our experience tells us this could have been a problem in the criminal courts and, therefore, they are probably trying to shift it, particularly in the hearsay rules where they are getting somewhat worried about it. Obviously, there has been a number of very unfortunate situations in the criminal courts where witnesses conveniently forget to testify and so on. It was our impression that the need for change seemed to arise out of prosecutorial problems in criminal courts and really does not arise in the civil side. On the civil side, I am a plaintiff one day and I am a defendant the next day. I cannot have a prosecution bias because I am working both sides of the fence and, therefore, we have a neutrality of rules. They apply with equal disfavour to everyone. This was what we seemed to detect in the language of the text. Mr. Greenspan, of course, will be enlarging on that, and if you invite him to do so he will be delighted.

Senator Godfrey: On page 5 of your brief you discuss clause 36, which deals with the question as to whether or not an expert should give an opinion on the issue that the judge must ultimately decide. I should say that I have not been in court for approximately 30 years. But it must be rather difficult at times to distinguish between an opinion given by an expert and the finding of fact which must ultimately be made by the judge. I should like you to amplify that.

Mr. Nelligan: Let me put it this way: A good lawyer can always phrase his question to, in effect, get a useful answer from the expert without really having the expert come out and

[Traduction]

praticien et le juge comprennent les principes en jeu, tout se passe normalement très bien.

Le véritable problème se pose lorsqu'un profane comparaît; mais de toute façon, ce n'est pas un code qui va l'aider, car il sera encore trop complexe pour lui. D'après mon expérience, la personne qui plaide sa propre cause devant les tribunaux est guidée discrètement par le juge. Bien sûr, nous, les avocats, sommes constamment découragés parce que ces gens peuvent introduire des éléments de preuve que nous n'aurions jamais le droit de présenter, simplement parce que le juge comprend qu'un profane ne sait pas ce qu'est le oui-dire, et ignore même parfois ce qu'est un serment. Il faut donc une certaine souplesse, mais je ne suis pas convaincu qu'un code soit utile. Je ne sais même pas comment on pourrait indexer ce code pour aider les praticiens à résoudre des problèmes donnés.

Le sénateur Godfrey: Au milieu de la page 3 de votre mémoire, vous dites:

Il nous est apparu clairement, en outre, qu'un bon nombre des articles proposés, bien que s'appliquant également aux domaines criminel et civil, semblent avoir été conçus pour remédier à des difficultés qui se présenteraient dans les poursuites au criminel et ne conviennent nullement aux causes civiles.

Il me semblait qu'il existait des règles relatives à l'oui-dire qui étaient applicables dans les poursuites au criminel, et d'autres réservées aux causes civiles.

M. Nelligan: Les impressions sont difficiles à cerner. Quand on lit ces révisions, et qu'on s'interroge sur le pourquoi de cette nouvelle formulation, l'expérience nous rappelle qu'il aurait pu en résulter un problème au criminel, et par conséquent qu'on essaie sans doute ainsi de procéder à un rajustement, particulièrement en ce qui touche les règles de l'oui-dire dont on s'inquiète assez. Évidemment, il s'est produit au criminel un certain nombre de cas très malheureux où des témoins ont, fort commodément, oublié de témoigner. Il nous semblait que ce besoin de changement résultait de problèmes constatés lors de poursuites criminelles, et non pas en matière civile. Pour ce qui est du droit civil, je suis demandeur un jour et défendeur le lendemain. Je ne peux avoir de parti pris puisque je travaille pour les deux côtés, et qu'ainsi donc la neutralité des règles est assurée. Elles s'appliquent avec autant de rigueur à chacun. C'est ce que nous avons cru percevoir dans la formulation du texte. M. Greenspan vous en parlera plus longuement et si vous l'invitez à le faire, il en sera ravi.

Le sénateur Godfrey: A la page 6 de votre mémoire, vous traitez de l'article 36 qui porte sur la question de savoir si un expert doit donner son avis sur un point relevant de l'appréciation finale des faits par le juge. Je dois d'abord dire que je n'ai pas mis les pieds dans un tribunal depuis 30 ans environ. Néanmoins il doit parfois être assez difficile de distinguer l'avis que donne un expert sur un point de la décision que le juge a prise. J'aimerais que vous nous parliez plus longuement de cette question.

M. Nelligan: Permettez-moi de poser ainsi le problème: Un bon avocat peut toujours poser sa question de manière à obtenir du spécialiste une réponse utile sans que ce dernier

[Text]

say "The defendant is negligent." Again, it is his question. The present rules have not created difficulty for civil counsel. It is an area where no one has complained about an inability to get this opinion from an expert. We can live with it. If we get a junior counsel in and he does not quite know how to frame the question, we tell him how to ask the question or the judge tells him how to ask the question. In the normal case we do not get hung up on that technicality.

Senator Godfrey: In other words, you always get around the rule. Is that what you are saying?

Mr. Nelligan: In effect, we defer to the judge's ultimate power of decision, but we also are able to place before that judge the technical facts which he requires to make that decision.

Senator Godfrey: At the top of page 6 of your brief dealing with clause 101, the second sentence states:

To permit the court to ask a witness "any question it considers useful"—

The word "considers" jumped out at me because of my experience as joint chairman of the Standing Joint Committee on Regulations and other Statutory Instruments. There we deal with regulations that may give officials power which they in turn use to try to block people going to court to upset administrative decisions. By putting that word "considers" in the text, does that not really have the same effect?

Mr. Nelligan: This is what bothers us.

Senator Godfrey: How can you attack it if you have the word "considers" in it?

Mr. Nelligan: All he has to do in the end is ask perfectly outrageous questions. He could say "I would consider it useful to know whether you are still sleeping with your wife." That question is embarrassing and it is on the record, and it cannot be challenged because he "considered" it useful. He does not have to say why he considered it useful.

Senator Godfrey: I wanted to register my personal bias about that.

On page 8 of your brief, dealing with clause 110, you say:

This section . . . goes far beyond the existing law which limits the witness to refreshing his memory from notes made contemporaneously with the events.

I had a personal experience whereby three weeks after the event somebody said to me, "I hope you dictated a memorandum and filed it so you can refer to it in future." I had not done so but I immediately wrote the memorandum and filed it and found it extremely useful a year later. Actually, in an inquiry that I was involved with I referred to the memorandum. I am rather prejudiced against any suggestion that you have to make notes right at the time. If I had been in a court, would I not have been allowed to refer to that memorandum?

[Traduction]

rétorque: «Le défendeur fait preuve de négligence». A nouveau, tout est dans sa question. Les règles actuelles n'ont pas gêné les avocats qui plaident en matière civile, domaine où personne ne s'est plaint de l'impossibilité d'obtenir cet avis d'un spécialiste. Nous nous en accommodons. Quand nous avons affaire à un avocat non chevronné qui ne sait pas très bien comment présenter la question, nous lui disons comment le faire, ou le juge s'en charge. En temps normal, nous ne nous arrêtons pas à pareille question de procédure.

Le sénateur Godfrey: Autrement dit, vous tournez toujours la règle, n'est-ce pas?

M. Nelligan: En réalité, nous nous en remettons au juge qui possède l'ultime pouvoir de décision, mais nous sommes aussi en mesure d'exposer à ce juge les données techniques dont il a besoin pour prendre cette décision.

Le sénateur Godfrey: Au bas de la page 6 de votre mémoire, là où il est question de l'article 101, vous parlez à la deuxième phrase:

De permettre à un tribunal de poser à un témoin «toute question qu'il juge utile».

Le mot «juge» m'a sauté aux yeux en raison de l'expérience que j'ai comme coprésident du Comité sénatorial permanent des règlements et autres textes réglementaires. Il est question de règlements qui pourraient conférer aux autorités un pouvoir qu'elles utiliseraient ensuite pour fermer la porte à ceux qui se présentent devant les tribunaux pour faire annuler des décisions administratives. Est-ce qu'en utilisant le mot «juge» dans ce texte, l'effet n'est pas exactement le même?

M. Nelligan: C'est bien ce qui nous préoccupe.

Le sénateur Godfrey: Comment pouvez-vous trouver à redire s'il s'y trouve le terme «juge»?

M. Nelligan: En fin de compte, il suffit de poser des questions tout à fait outrageantes. Il pourrait dire par exemple: «Je juge utile de savoir si vous dormez toujours avec votre femme». Cette question est embarrassante, figure aux minutes, et ne peut être contestée parce qu'il l'a jugée utile. Il n'a pas à dire pourquoi il l'a jugée utile.

Le sénateur Godfrey: Je voulais exposer ma propre interprétation des choses.

Aux pages 8 et 9 de votre mémoire, au sujet de l'article 110, vous dites:

Cet article va beaucoup plus loin que la loi actuelle qui limite cette possibilité à la présentation au témoin de notes prises au moment où se sont déroulés les événements.

Il m'est arrivé que, trois semaines après un événement, quelqu'un me dise qu'il aurait bien voulu que je dicte une note et que je la classe de façon à pouvoir m'y reporter plus tard. Je ne l'avais pas fait, mais j'ai aussitôt rédigé une note, l'ai classée et l'ai trouvée extrêmement utile un an plus tard. En réalité, au cours d'une enquête à laquelle j'ai participé, je me suis reporté à cette note. Je suis donc contre toute obligation de prendre des notes sur-le-champ. Si je m'étais trouvé devant un tribunal, aurais-je été autorisé à me reporter à mes notes?

[Text]

Mr. Nelligan: That was contemporaneous having regard to the time that elapsed between the event and when you gave your testimony. After all, I am going to testify here and then go back to my trial. Later I will dictate a memo to my directors. That will be considered contemporaneous with the event, although I may not get to the dictating machine until Friday night. What concerns us is where you have a witness who is terribly vague, so counsel says: "We will just write your evidence out, witness, and you will read it to the court." Then the witness gets in the witness box and says that he was 67 feet from the corner when the light turned red and three seconds later he was hit by a car bearing licence number so and so. That is what we interpret this as rendering now possible. Something to refresh a witness' memory apparently could include a typewritten statement given to him by his lawyer before he steps into the witness box.

Senator Godfrey: Therefore, to an experienced trial counsel this does not mean it is done strictly contemporaneously. It could mean three weeks later?

Mr. Nelligan: Well, what is time? Certainly, it does not mean simultaneously, senator.

Senator Godfrey: You have explained it to my complete satisfaction showing there is a certain amount of semantics involved. As an experienced person, you have shown you knew what you were talking about.

Mr. Nelligan: I will give you another example. Yesterday in court I had a corporate officer testifying. He was attempting to describe the managerial decisions made by his group over a period of time. He said: "I have the minute books here, but to assist me I have made notes of the various major items we discussed in the year 1976 and 1977." Of course, there was no objection to that because the minute books were there, and his notes simply assisted him in presenting his testimony. We are more concerned with the statutory authorization of a witness, in effect, to get in and read a statement which is prepared to assist his memory.

Senator Godfrey: Finally—and this may be just a question of drafting—on page 13, the third paragraph, you say:

Section 61(1) expands the common law hearsay rules by admitting statements made by an agent or employee of the party "during the existence and concerning a matter within the scope of the agency or employment", even where the making of the statement was not authorized nor within the scope of the duties of the employee or agent.

Those statements seem to contradict each other.

Mr. Nelligan: When you read clause 61(1) it says, "an agent or employee..."—and of course this would include every track sweeper on the CNR—"... made during the existence... of the agency..."—so while he is employed—"... concerning a matter within the scope of the agency or employment is admissible against the party,"... so we have a

[Traduction]

M. Nelligan: Cela se passait au moment où se sont déroulés les événements, eu égard au temps écoulé jusqu'à votre témoignage. Après tout, je vais témoigner ici, et retourner à mon procès. Plus tard, je dicterai une note adressée à mes directeurs qui estiment qu'elle a été prise au moment où se sont déroulés les événements, même si je ne le dicte pas avant vendredi soir. Ce qui nous inquiète ce sont les cas où un témoin est extrêmement vague et où l'avocat dit: «Nous allons tout simplement consigner votre témoignage et vous le lirez au tribunal». Le témoin se présente alors à la barre, et dit qu'il se trouvait à 67 pieds du coin quand le feu de circulation est devenu rouge, que trois secondes après il a été frappé par une voiture qui portait tel numéro d'immatriculation. C'est ce que le projet de loi rendrait maintenant possible. Parmi les choses qui pourraient servir à rafraîchir la mémoire d'un témoin, mentionnons par exemple l'utilisation éventuelle d'une déclaration dactylographiée que lui remettrait son avocat avant qu'il se présente à la barre des témoins.

Le sénateur Godfrey: Ainsi, pour un avocat expérimenté cela ne signifie pas qu'il doit s'agir de notes qui ont été prises au moment précis où se sont déroulés les événements. Elles ont pu l'être trois semaines plus tard?

M. Nelligan: Qu'est-ce que le temps? Il est certain, sénateur, que cela ne veut pas dire simultanément.

Le sénateur Godfrey: Votre explication m'a parfaitement convaincu du fait que c'est en partie une question de sémantique. En personne expérimentée, vous avez montré que vous savez de quoi vous parlez.

M. Nelligan: Voici un autre exemple. Hier, au tribunal, un administrateur de société a tenté au cours de son témoignage d'exposer les décisions qu'a prises son groupe sur une certaine période. Il a dit: «J'ai ici les procès-verbaux, mais pour m'aider j'ai pris note de divers points importants que nous avons étudiés en 1976 et en 1977». Évidemment, nous ne nous y sommes pas opposés parce que les procès-verbaux étaient là, et que ses notes l'ont simplement aidé à présenter son témoignage. Ce qui nous inquiète davantage, c'est le fait d'autoriser un témoin à se présenter à la barre et à y lire une déclaration préparée dans le but de palier ses défaillances de mémoire.

Le sénateur Godfrey: Enfin—et c'est peut-être simplement une question de rédaction—à la page 15, au deuxième paragraphe, vous dites:

Le paragraphe 61(1) étend le champ des règles de la common law sur le oui-dire, aux déclarations du mandataire ou de l'employé d'une partie «pendant qu'il exerce ses fonctions et portant sur des faits qui relèvent de celles-ci», même si les déclarations n'étaient pas autorisées ou qu'elles ne portaient pas sur des faits en rapport avec ses fonctions.

Ces déclarations semblent se contredire.

M. Nelligan: Le paragraphe 61(1) prévoit que la déclaration faite par «le mandataire ou l'employé...»—ce qui comprendrait bien sûr le moindre cheminot du CN—«... pendant qu'il exerce ses fonctions...»—c'est-à-dire pendant qu'il est employé—«... et portant sur des faits qui relèvent de celles-ci...» est recevable contre cette partie pour établir la

[Text]

disgruntled track worker who now makes a statement in his interest but against the interest of his employer and technically it may be admissible against the employer, notwithstanding that the motivation was entirely to the contrary. This is what we are concerned about.

Senator Godfrey: I understand your concern. I am just worried about your wording. You said:

...even where the making of the statement was not authorized nor within the scope of the duties of the employee or agent.

You add the words "duties of the employee or agent" which seem to contradict each other right in the same sentence.

Mr. Nelligan: Yes. He would probably be talking about something on his job, but he would not have been authorized to make that statement. For instance, someone might say, "Yes, there was a hot box on that car". Now he is not the person who would normally be authorized to make that statement, but he was in the yard and normally you might say, "he is the guy who checks the hot boxes". This is the kind of thing we are concerned about.

Senator Godfrey: In other words, that is within his duty?

Mr. Nelligan: Yes.

Senator Deschatelets: Mr. Nelligan, I know that you understand the need for a complete revision of the rules of evidence, and you say that some of the rules under the present system could be improved.

Mr. Nelligan: Yes.

Senator Deschatelets: The opinion you have expressed this morning is shared by the Canadian Bar Association, if I remember correctly.

Mr. Nelligan: I understand that, Senator.

Senator Deschatelets: In that case, the Canadian Bar Association having expressed their concern, which you share, perhaps they should come up with some specific improvements and revisions which would limit the codification that is represented by Bill S-33.

Mr. Nelligan: I am a member of the Canadian Bar Association and I have appeared before parliamentary committees on their behalf from time to time. However, although I have read their submissions, I am not representing them here today.

I understand, however, that they are working on revisions to specific sections right now and will have them available to this committee this spring. I understand that it was pressure of time that prevented them from making those specific objections at the time they made their submissions. We are all working lawyers and it is difficult to get together to work on these things, but I can say to you that it is not enough to simply go through the proposed bill and say, "This bill is no good"; we are vitally concerned with this bill and we must contribute to it, and I am quite satisfied that bar associations all across the country are doing precisely that.

[Traduction]

véracité de ces faits. On pourrait ainsi voir un cheminot mécontent venir faire une déclaration en sa faveur, mais qui va à l'encontre des intérêts de son employeur, et du strict point de vue administratif, cette déclaration peut être reçue pour être utilisée contre l'employeur, même si l'intention était tout autre, et c'est bien ce qui nous inquiète.

Le sénateur Godfrey: Je vous comprends bien. Je suis simplement inquiet de votre formulation. Vous dites:

... même si les déclarations n'étaient pas autorisées ou qu'elles ne portaient pas sur des faits en rapport avec ses fonctions.

Vous ajoutez les mots «fonctions du mandataires ou de l'employé», mots qui semblent se contredire dans la même phrase.

M. Nelligan: Oui. Il parlerait sans doute de quelque chose ayant à son travail, mais il n'aurait pas été autorisé à faire cette déclaration. Par exemple, quelqu'un pourrait dire: «Oui, il y avait une boîte chaude sur ce wagon». Maintenant, ce n'est pas lui qui serait normalement autorisé à faire cette déclaration, mais comme il se trouvait à la gare, et que normalement c'est lui qui vérifie les boîtes chaudes, nous nous inquiétons de ce genre de situation.

Le sénateur Godfrey: Autrement dit, cela relevait de ses fonctions?

M. Nelligan: C'est cela.

Le sénateur Deschatelets: Monsieur Nelligan, je sais que vous reconnaissez qu'il faut revoir complètement les règles de présentation de la preuve, et vous dites que certaines des règles du système actuel pourraient être améliorées.

M. Nelligan: C'est exact.

Le sénateur Deschatelets: Si je me souviens bien, l'Association du barreau canadien partage l'avis que vous avez exprimé ce matin.

M. Nelligan: C'est exact, sénateur.

Le sénateur Deschatelets: Dans ce cas, l'Association du barreau canadien ayant fait connaître ses inquiétudes, que vous partagez, peut-être pourrait-elle suggérer des améliorations et des révisions précises qui limiteraient la codification que représente le projet de loi S-33.

M. Nelligan: Je fais partie de l'Association du barreau canadien, et j'ai comparu devant les comités parlementaires en son nom, à quelques reprises. Toutefois, bien que j'aie lu ses mémoires, je ne la représente pas ici aujourd'hui.

Je sais néanmoins qu'elle s'attache à revoir des articles précis, et pourra vous les soumettre au printemps. Je crois que c'est le manque de temps qui l'a empêchée de soulever ces objections précises dans ses mémoires. Nous sommes tous des avocats qui pratiquons, et il nous est difficile de nous réunir pour travailler sur ces questions, mais je peux vous dire qu'il ne suffit pas de lire le projet de loi et de dire: «Ce projet de loi n'est pas bon». Il nous intéresse au plus haut point, et nous devons y contribuer. Je suis tout à fait persuadé que c'est bien ce que feront les associations du barreau de tout le pays.

[Text]

Senator Lewis: There seems to be a common complaint from both the Canadian Bar Association and the Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton that they had not had an opportunity of supplying input into the preparation of this bill. I gather that you, sir, are not making that complaint. But you have told us today that your association would be prepared to contribute input.

Mr. Nelligan: Yes. Mr. Greenspan of our organization was invited to Whitehorse, so at least one of our members had one session. However, we are only a provincial organization and we are not complaining that we were not consulted; we are simply volunteering and asking that we be allowed to become involved.

Senator Robichaud: You stated that the Canadian Bar Association is presently preparing certain objections to certain sections of this bill.

Mr. Nelligan: That would be hearsay, senator.

Senator Godfrey: We will accept your firsthand statement.

Senator Robichaud: Wasn't that what you stated?

Mr. Nelligan: I understand that, but it is not evidence which would be admissible in a court of law. It is not a firsthand report. I got it from your chairman.

Senator Robichaud: But is it your opinion that, as well as submitting objections, they will submit suggestions as to improvements which may be made to the various sections of the bill?

Mr. Nelligan: I don't know.

The Chairman: I can tell you, Senator Robichaud, that that is their intention. The Minister of Justice had a meeting with members of the bar yesterday, including the President of the Canadian Bar Association, Mr. Yves Fortier, at which I was present. They discussed this bill and they are going to present a very detailed brief to us covering all aspects of the bill, early in June.

Senator Deschatelets: I am a lawyer also, and this is important to me, as well as to these other gentlemen.

Senator Donahoe: I feel impelled to make a last remark. Honourable senators who have spoken here have felt obliged to express opinions in terms of their own bias—

Senator Godfrey: Experience is the word.

Senator Donahoe: I thought it was bias, but I also have a bias and my bias is anticodification and I want to tell you my reasons. I know whereof I speak, since I was at the bar for 50 years, which is probably longer than anybody else in this room, and I have come to the conclusion that, although lawyers may understand the law of evidence and the reasons it has been framed in the manner in which it now is, the ordinary layman does not understand the rules of evidence at all. He thinks that they are designed to prevent him from saying those things

[Traduction]

Le sénateur Lewis: L'association du barreau Canadien et la Criminal Trial Lawyers Association d'Edmonton semblent toutes deux déplorer le fait qu'elles n'aient pas eu l'occasion de participer à la préparation de ce projet de loi. J'en conclus que vous, monsieur, ne le déplorez pas. Mais vous nous avez dit aujourd'hui que votre association serait disposée à participer.

M. Nelligan: C'est vrai. M. Greenspan, de notre organisation, a été invité à Whitehorse, ainsi au moins un de nos membres a participé à une séance. Toutefois, comme nous ne sommes qu'une organisation provinciale, nous ne nous plaignons pas de ne pas avoir été consultés. Nous ne faisons que proposer nos services, et demandons à être autorisés à prendre part au débat.

Le sénateur Robichaud: Vous avez dit que l'Association du barreau canadien prépare en ce moment certaines objections à certains articles du projet de loi.

M. Nelligan: C'est un oui-dire, sénateur.

Le sénateur Godfrey: Nous considérerons votre réponse comme étant de première main.

Le sénateur Robichaud: N'est-ce pas ce que vous avez dit?

M. Nelligan: Je veux bien, mais ce n'est pas un élément de preuve qui serait jugé recevable par un tribunal. Ce n'est pas un compte rendu de première main. Je l'ai appris de votre président.

Le sénateur Robichaud: Mais vous êtes d'avis que, en plus de soulever des objections, l'Association du barreau canadien proposera des améliorations aux divers articles du projet de loi?

M. Nelligan: Je n'en sais rien.

Le président: Je peux vous assurer, sénateur que c'est bien son intention. Le ministre de la Justice a rencontré des membres du barreau hier, notamment le président de l'Association du barreau canadien, M. Yves Fortier, et j'étais présent à cette rencontre. On a parlé de ce projet de loi, et on nous soumettra au début de juin un mémoire très détaillé où seront abordés tous les aspects du projet de loi.

Le sénateur Deschatelets: Je suis aussi avocat, et c'est important pour moi, comme ce l'est aussi pour ces autres messieurs.

Le sénateur Donahoe: Je ne peux m'empêcher de faire une dernière observation. Les honorables sénateurs qui ont pris la parole ici se sont eux aussi sentis tenus d'exprimer leur avis en fonction de leur propre préjugés—

Le sénateur Godfrey: Je dirais plutôt de leur expérience.

Le sénateur Donahoe: Je pensais qu'il s'agissait bien de préjugés, et j'ai aussi mes propres préjugés, l'anticodification. Je veux vous dire pourquoi. Je sais bien de quoi je parle. J'ai fait partie du Barreau pendant 50 ans, soit sans doute plus longtemps que quiconque dans cette pièce, et j'en suis arrivé à la conclusion que, bien que les avocats puissent comprendre le droit de la preuve, et les raisons pour lesquelles il a été codifié de la manière dont il se présente maintenant, le citoyen moyen ne les comprend pas du tout. Il pense qu'elles ont été conçues

[Text]

which he would like to say, and which he thinks might have a great influence on the mind of the judge. If he tries to do so some lawyer stands up and says, "You can't say that because the rules of evidence don't provide for it". For that reason, I am one who is convinced that if you codify the law of evidence completely today, that would not be one whit of assistance to the ordinary layman. You might help or hinder the legal profession, but you would not help the lay person so, as far as I am concerned, talking about codification of the law with a view to being of value to people who are not trained lawyers to me has no value at all.

I merely wanted to put that point of view on the record this morning. I am not against codification; I quite approve of codification if anybody can convince me of the benefits of it, but I see no benefits and I see a good many reasons why there should not be any.

Mr. Nelligan: I will just make one comment, senator: Is the point of this bill to make it easier for laymen or to make it easier for lawyers, or is our objective to make it easier to discover the truth?

Senator Donahoe: That is an excellent question, Mr. Nelligan, and people should ponder it well.

Senator Godfrey: One further thing, Mr. Nelligan, with respect to your broad objections to the hearsay section. It is my recollection from 45 years ago at law school and from reading the occasional article that details of the hearsay rule have been criticized by law professor and other people from time to time. Have things changed? I get the impression that the bar now thinks the present hearsay rules are fine and that there is not any particular one that should be changed.

Mr. Nelligan: I hesitate to say there isn't any particular rule because there may be some specific anomaly that should be abolished or cleared up. We are very concerned about a broad introduction into the courts of unchallenged statements by anyone, because an unidentified person, a stranger on the street, can make a statement, and, if he cannot be identified, that statement can go into court. That is my interpretation of the clause.

Senator Godfrey: I should say that I have enjoyed your evidence much more than I would have the movie being shown to members of another committee.

Mr. Nelligan: We will see what the Nielsen ratings are!

The Chairman: Honourable senators, could I have a motion to have the brief presented by the Criminal Trial Lawyers' Association, as presented by Mr. Peter Royal on Tuesday, and the brief presented today by Mr. Nelligan on behalf of the Advocates' Society appended to the minutes of the hearing of today?

Senator Donahoe: I so move.

Hon. Senators: Agreed.

(For brief presented by Mr. Royal *see appendix "54-A"*)

(For brief presented by Mr. Nelligan *see appendix "54-B"*)

[Traduction]

pour lui interdire de faire des révélations qui, à son avis, pourraient avoir une grande influence sur la décision du juge. S'il essaie, un avocat se lève et dit: «Vous ne pouvez dire cela car les règles de la preuve ne prévoient pas ce cas». Pour cette raison, je suis persuadé que, si vous codifiez complètement la Loi de la preuve aujourd'hui, cela ne sera d'aucune utilité au simple citoyen. Vous pourrez peut-être aider ou gêner les juristes, mais vous n'aidez pas le simple citoyen. En ce qui me concerne, il ne sert absolument à rien d'envisager de codification de la loi pour venir en aide à des gens qui ne sont pas des juristes de formation.

Je voulais simplement que cela soit bien entendu. Je ne suis pas contre la codification. Je serais même plutôt d'accord si quelqu'un parvient à m'en faire voir les avantages, mais je n'en vois aucun. Alors que je peux voir des tas de bonnes raisons pour lesquelles il ne devrait pas y avoir codification.

M. Nelligan: Une simple observation, sénateur; est-ce que l'objectif de ce projet de loi est de faciliter la tâche du non-initié ou des avocats, ou devons-nous plutôt poursuivre l'objectif qui consiste à faciliter notre recherche de la vérité?

Le sénateur Donahoe: Très bonne question, monsieur Nelligan. On devrait la méditer.

Le sénateur Godfrey: Une dernière chose, monsieur Nelligan, en ce qui concerne vos objections générales à l'article sur l'ouï-dire. Je me souviens qu'à la faculté de droit, il y a 45 ans de cela, et au hasard de mes lectures, j'ai pu constater qu'à l'occasion des professeurs de droit et d'autres aussi critiquaient des particularités de la règle de l'ouï-dire. Les choses ont-elles changées? Il me semble que le barreau pense maintenant que les actuelles règles de l'ouï-dire sont bien faites, et qu'il n'en est pas une en particulier qui devrait être modifiée.

M. Nelligan: J'hésite à dire qu'elle n'y en a vraiment aucune, parce que quelques anomalies pourraient peut-être être corrigées. Nous sommes très inquiets de la généralisation, devant les tribunaux, de déclarations incontestées que peut faire tout un chacun, et ce parce qu'une personne non identifiée, un simple passant, peut faire une déclaration, et que même s'il ne peut être identifié, cette déclaration est admissible. C'est ainsi que j'interprète cette disposition.

Le sénateur Godfrey: Je dois dire que votre témoignage m'a paru beaucoup plus intéressant que le film que l'on projette actuellement pour les membres d'un autre comité.

M. Nelligan: Nous verrons les cotes d'écoute de Nielsen!

Le président: Honorables sénateurs, quelqu'un peut-il présenter une motion pour que le mémoire de la Criminal Trial Lawyers' Association, qu'a présenté mardi M. Peter Royal, ainsi que celui que nous a présenté aujourd'hui M. Nelligan au nom de l'Advocates' Society soient annexés à la séance d'aujourd'hui.

Le sénateur Donahoe: Je le propose.

Des voix: Adoptée.

(Pour le mémoire présenté par M. Royal, voir *appendice «54-A»*)

(Pour le mémoire présenté par M. Nelligan, voir *appendice «54-B»*)

[Text]

The Chairman: I would inform honourable senators that Mr. Greenspan, who was to appear next week, has now indicated that it will be impossible for him to attend as the trial in which he is counsel has been unduly delayed. He expects it will last all of next week, so, unfortunately, he will not be able to attend the committee then. Following that, I gather that he is making a professional trip to Europe and may be away for a couple of weeks.

Senator Robichaud: It is not unfortunate; it is fortunate, because the Senate will not be sitting next week.

Senator Godfrey: That makes not difference to the work of this committee. I am sure Senator Robichaud realizes the importance of committee work. Whether the Senate is sitting or not is completely irrelevant.

Senator Robichaud: Some of us have plans.

The Chairman: We have two meetings set up for the following week. I believe we will hear from the Canadian Bankers' Association and the Criminal Lawyers' Association at that time. At the moment we have scheduled our meetings for the usual times of 4 o'clock on Tuesday and 9 o'clock on Thursday morning. However, we are having some problems reconciling the meetings of our various committees. Senator van Roggen has indicated his wish to move into those same time slots, and many of us are members of both committees. The Subcommittee on the Estimates will be sitting on Thursday morning as well, and some of our members are also on that committee. Therefore, it is possible that we will change our Thursday morning sitting to 11 o'clock.

I will try to juggle the time somewhat. I hope to stay with the 4 o'clock meeting on Tuesday, but move to 11 o'clock on Thursday morning in order to allow senators to attend. If that seems satisfactory, we will perhaps try that new time schedule when we return to two weeks' time.

I should advise you that Mr. Justice Pigeon has agreed to appear before our committee, but not until May 31. I am hoping that we will also hear from one other retired judge, specifically, Mr. Justice Martland. Mr. Greenspan will be appearing later.

As I indicated earlier, we hope to have Mr. Greenspan present the Canadian Bar Association brief. He will be representing the views of criminal lawyers. I hope he will be able to appear in early June. I understand he will make specific recommendations on many clauses of the present bill.

It is hoped that then we will be in a position to make a report to the minister before the end of June when Parliament recesses.

I think it would be fair to say that the minister and his officials plan to utilize the summer to work with members of the Canadian Bar Association, as well as amongst themselves, to produce a revised version of the bill. The minister fully expects that some major revisions will be made. Any work we can do will be extremely helpful to them.

As far as Bill S-32 is concerned, I have had some discussions with the Solicitor General. It is my understanding that he is preparing a couple of amendments to the bill and that he will

[Traduction]

Le président: M. Greenspan, qui devait comparaître la semaine prochaine, me fait savoir qu'il ne pourra être parmi nous parce que le procès qui requiert sa présence comme avocat a été très retardé. Comme ce procès durera toute la semaine prochaine il ne pourra se présenter devant le Comité. Je crois que par la suite, il se rendra en Europe pour affaire et pourrait y séjourner deux semaines environ.

Le sénateur Robichaud: Ce n'est pas grave étant donné que le Sénat ne siégera pas la semaine prochaine.

Le sénateur Godfrey: Cela ne touche en rien les travaux du Comité. Je suis convaincu que le sénateur Robichaud se rend bien compte de leur importance. Cela n'a rien à voir avec le fait que le Sénat siège ou non.

Le sénateur Robichaud: Certains d'entre nous ont des projets.

Le président: Deux séances sont prévues pour la semaine suivante et nous devons entendre des représentants de l'Association des banquiers canadiens et ainsi que de la Criminal Lawyers Association. Les séances sont pour l'instant prévues aux heures habituelles, c'est-à-dire à 16 heures mardi et à 9 heures jeudi. Nous éprouvons toutefois des difficultés à agencer les séances de nos divers comités. Le sénateur van Roggen a manifesté le désir de tenir des séances aux mêmes heures que les nôtres, mais le problème est qu'un grand nombre d'entre nous sont membres des deux comités. Le Sous-comité sur les prévisions budgétaires se réunira également mardi matin et certains d'entre nous en sont membres également. Il se peut donc que nous repoussions à 11 heures notre séance de jeudi.

J'essaierai de jouer avec les horaires. J'espère que nous conserverons notre séance de 16 heures le mardi et que nous pourrions tenir la séance de jeudi à 11 heures pour que les sénateurs puissent y assister. Si vous êtes d'accord, nous expérimenterons peut-être ce nouvel horaire lorsque nous reviendrons dans deux semaines.

Je vous informe que M. le juge Pigeon a accepté de comparaître devant notre Comité; il ne pourra toutefois le faire avant le 31 mai. J'espère que nous pourrions également entendre un autre juge à la retraite, M. le juge Martland. Quant à M. Greenspan, il comparaitra plus tard.

Comme je l'ai déjà dit, nous espérons que M. Greenspan acceptera de présenter le mémoire de l'Association du barreau canadien. Il se fera le porte-parole des criminalistes. J'espère qu'il pourra comparaître au début de juin. Il fera des recommandations précises à l'égard de nombreux articles du projet de loi actuel.

J'espère que nous pourrions alors préparer un rapport pour le ministre avant la fin de juin alors que la Chambre suspendra ses travaux pour l'été.

Je crois qu'on peut dire que le ministre et ses collaborateurs songent à consacrer l'été à travailler avec des représentants de l'Association du barreau canadien ainsi qu'entre eux, à la rédaction d'une version révisée du projet de loi. Le ministre s'attend donc à ce que certaines révisions importantes soient effectuées. Tout ce que nous ferons pourra leur être très utile.

En ce qui concerne le projet de loi S-32, j'en ai discuté avec le Solliciteur général. Il prépare quelques amendements au projet de loi et aimerait comparaître devant nous d'ici deux

[Text]

want to appear before us, perhaps within the next week or two, to discuss those proposed amendments. We will be happy to consider them then.

In about two weeks' time we will also have a private bill to consider, Bill S-35.

I also anticipate that we will get a good deal more work from the Minister of Justice over the course of time because, apparently, he has several bills he hopes to introduce in the fairly near future. It would appear that this committee is going to be kept well occupied in the foreseeable future.

Thank you for your attendance this morning.

Senator Deschatelets: I am not necessarily looking for additional work, but I would point out that a few days ago a guard was killed at the Ste. Anne des Plaines Penitentiary in Montreal, and the matter has received wide coverage by the media.

After discussing this matter, I have come to the conclusion that the 25-year firm sentence is a mistake, and, as long as we keep this system in place, it will be almost impossible for the guards inside the penitentiary to restore peace.

I was wondering if we could discuss this matter with the minister and perhaps offer our services in order to find a way out of this dilemma.

There are two schools of thought about this. One is that we should restore capital punishment, and the other is to remove the 25-year firm sentence. However, it is obvious that the present system does not work, and, according to what I have heard, will not work in the future.

The Chairman: Senator Deschatelets may have read or heard the Minister of Justice's statement on that. A study of the whole range of sentencing has now been completed. This subject matter is contained in one of the bills which I mentioned a few minutes ago. I am sure that by the fall, at the latest, the Minister of Justice will have presented a bill on sentencing.

The problem which you have raised is a very important one. I am quite certain it will be discussed and referred to in that bill and we will have an opportunity to discuss it at some point.

Thank you, honourable senators.

The committee adjourned.

[Traduction]

semaines environ afin d'en discuter. Nous serons heureux de les étudier à ce moment.

Dans environ deux semaines, il nous faudra étudier un projet de loi d'initiative privée, le S-35.

Je prévois également que le ministre de la Justice nous donnera encore beaucoup de travail étant donné, semble-t-il, qu'il a dans ses tiroirs plusieurs projets de loi qu'il espère présenter très bientôt. Il semblerait que notre Comité aura très prochainement beaucoup de pain sur la planche.

Je vous remercie d'avoir assisté à cette séance ce matin.

Le sénateur Deschatelets: Je ne cherche pas nécessairement du travail supplémentaire, mais j'aimerais signaler qu'un gardien a été tué au pénitencier Ste-Anne des Plaines à Montréal il y a quelques jours. Il en a été beaucoup question dans la presse écrite et parlée.

Après en avoir discuté, j'en suis venu à la conclusion que la peine ferme de 25 ans est une erreur et que tant qu'elle sera maintenue il sera presque impossible aux gardiens de faire régner de nouveau la paix à l'intérieur des pénitenciers.

Je me demandais si nous pourrions discuter de cette question avec le ministre et lui offrir nos services pour trouver une solution à ce dilemme.

Il y a à ce sujet deux écoles de pensée. La première est que nous rétablissions la peine capitale et la deuxième que nous abolissions la peine ferme de 25 ans. Il est toutefois, évident que le système actuel ne convient pas et, d'après ce que j'ai entendu dire, les choses n'iront pas en s'améliorant.

Le président: Le sénateur Deschatelets a peut-être lu ou entendu la déclaration du ministre de la Justice à ce sujet. Une étude sur toute la gamme des peines vient d'être terminée. Un des projets de loi dont je viens de parler traite de cette question. Je suis convaincu que d'ici l'automne, au plus tard, le ministre de la Justice aura présenté un projet de loi sur les peines.

Le problème que vous avez soulevé revêt une très grande importance. Je suis à peu près sûr qu'il fera l'objet de discussions et qu'il en sera question dans ce projet de loi que nous aurons sûrement l'occasion d'étudier un jour.

Merci, honorables sénateurs.

Le Comité suspend ses travaux.

APPENDIX "54-A"

FIRST SESSION, THIRTY-SECOND
PARLIAMENT, 1980-81-82-83.

SENATE OF CANADA

PROCEEDINGS OF THE
STANDING SENATE COMMITTEE
ON LEGAL AND
CONSTITUTIONAL AFFAIRS

IN THE MATTER OF BILL S-33,
"AN ACT TO GIVE EFFECT,
FOR CANADA, TO THE
UNIFORM EVIDENCE ACT ADOPTED
BY THE UNIFORM LAW CONFERENCE
OF CANADA"

BRIEF SUBMITTED BY
THE CRIMINAL TRIAL LAWYERS
ASSOCIATION OF EDMONTON

APRIL 26, 1983
OTTAWA, ONTARIO

I. INTRODUCTION

The Criminal Trial Lawyers Association of Edmonton (*hereinafter called "the Association"*) is a Society incorporated pursuant to the terms of the Societies Act of Alberta. The Association was incorporated in 1977 and is comprised of approximately 55 members of the local defence bar who actively practice criminal law.

In preparing our Brief for submission to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs with respect to the proposed Uniform Evidence Act, we have had reference to the following materials:

1. Bill S-33, "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada."

2. The evidence taken with respect to the proceedings held before this committee on Tuesday, January 25, Tuesday February 15 and Thursday, March 24, 1983.

3. "Some Observations on the Proposed Uniform Evidence Act", per: The Honourable Mr. Justice D. C. McDonald, (1981) 24 C.L.Q. 298 (*A draft of this article having been presented to a seminar sponsored by the Association in November 1981 entitled "Rules of Evidence in a Criminal Trial"*).

4. Various correspondence, drafts, comments, etc. from the Institute of Law Research and Reform, Edmonton.

In the comments that follow we propose to discuss several sections of the proposed legislation, however we do not wish to leave the Committee with the impression that a simple deletion or amendment of these particular sections would cause us to change our position with respect to the entire legislation. We wish to state at the outset that we are totally opposed to this Bill as it is presently drafted and indeed we have some very

APPENDICE «54-A»

PREMIÈRE SESSION,
TRENTE-DEUXIÈME PARLEMENT,
1980-1981-1982-1983

SÉNAT DU CANADA

DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SÉNATORIAL
PERMANENT DES AFFAIRES JURIDIQUES
ET CONSTITUTIONNELLES

TOUCHANT LE PROJET DE LOI S-33
«LOI DONNANT EFFET POUR LE CANADA
À LA LOI UNIFORME SUR
LA PREUVE ADOPTÉE PAR
LA CONFÉRENCE CANADIENNE DE
L'UNIFORMISATION DU DROIT»

MÉMOIRE PRÉSENTÉ PAR
LA CRIMINAL TRIAL LAWYERS
ASSOCIATION D'EDMONTON

Le 26 avril 1983

Ottawa (Ontario)

I. INTRODUCTION

La Criminal Trial Lawyers Association d'Edmonton (ci-après appelée «l'Association») est constituée en société aux termes de la *Societies Act* de l'Alberta. L'Association, créée en 1977, représente environ cinquante-cinq avocats de la défense appartenant au barreau local qui pratiquent activement le droit criminel.

Pour rédiger le mémoire relatif à la Loi uniforme sur la preuve que nous soumettons au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles nous nous sommes inspirés des documents suivants:

1. Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.»

2. Les témoignages entendus par le Comité le mardi 25 janvier, le mardi 15 février et le jeudi 24 mars 1983.

3. L'article intitulé «*Some Observations on the Proposed Uniform Evidence Act*» dont l'auteur est l'honorable D. C. McDonald, juge (1981) 24 C.L.Q. 298 (une ébauche de cet article a été présentée à un atelier parrainé par l'Association en novembre 1981 intitulé: «règles de la preuve dans un procès au criminel»).

4. Des lettres, des documents de travail, des observations, etc. du Institute of Law Research and Reform d'Edmonton.

Dans les pages qui suivent, nous nous proposons de faire certaines observations au sujet du projet de loi, mais nous ne voudrions pas donner ainsi au Comité l'impression qu'il suffirait pour nous satisfaire de supprimer ou de modifier certains de ses articles. Nous voulons préciser dès maintenant que nous nous opposons vigoureusement au projet de loi tel qu'il se présente actuellement et que nous avons de sérieuses réserves à

basic objections to what amounts essentially to the proposed "codification" of the Rules of Evidence.

The Association in its opposition to this particular piece of legislation was heartened by the comments of Senator Asselin during the proceedings held before the Committee on the 25th January, 1983. It is the position of the Association that there has been virtually no consultation with the practicing bar prior to the drafting of this legislation and it would appear that the Bill has been increased significantly in scope since the concept of a Uniform Evidence Act was first proposed. It is the position of the Association that the Bill is essentially "Crown-oriented" and this is not surprising perhaps when one considers that the vast majority of drafting has been undertaken by Government lawyers who have sufficient time to devote to such a major undertaking.

During the proceedings held before the Committee on the 24th of March, 1983, the representatives of the Canadian Bar Association were heard from. We adopt in their entirety the comments made by Mr. Robert McKercher, Q.C., and Mr. Peter Leask who spoke specifically from the perspective of the criminal defence bar.

II. SUBMISSIONS

The following sections of the Bill are those that most obviously call for comment by the Association:

1. *Section 10(1)*. Where the evidential burden in a criminal proceeding is on the prosecution, it is discharged if the court, without assessing the credibility of the witness, concludes that the trier of fact, properly instructed, *reasonably* could find that the fact in issue has been established beyond a reasonable doubt. (*emphasis added*)

The Association is concerned that the insertion of the word "reasonably" could reduce the onus cast upon the Crown in a criminal case to prove the case beyond a reasonable doubt.

2. *Section 11(3)*. Where an enactment expressly imposes a legal burden on an accused to prove or establish any fact in issue in a criminal proceeding, that burden is discharged by proof on a balance of probabilities.

Our only comment is that this subsection may well be inoperative by reason of Section 11(d) of the Charter.

3. *Section 14*. In a criminal proceeding, the court is not required to give the trier of fact any special direction or instruction on the burden of proof in relation to circumstantial evidence.

It is the position of the Association that this section should be deleted. There has been a considerable watering-down of the circumstantial evidence rule particularly in light of the decision of the Supreme Court of Canada in *Regina v. Cooper* (1977) 34 C.C.C. (2d) 18. It is our position however, that the circumstantial evidence rule with respect to the proof of the *actus reus* of an offence is an important rule and one that should not be weakened any further.

4. *Section 16(2)*. In a criminal proceeding, no admission shall be received under subsection (1) unless it is accepted by the opposing party.

l'égard de ce qui est essentiellement une «codification» des règles de la preuve.

L'Association s'est sentie justifiée dans son opposition au projet de loi par les propos tenus par le sénateur Asselin lors de la réunion du 25 janvier 1983. L'Association estime que les avocats en exercice n'ont pratiquement pas été consultés lors de l'élaboration du projet de loi et que celui-ci semble beaucoup plus ambitieux qu'il ne devait l'être à l'origine. L'Association est d'avis que le projet de loi répond surtout aux besoins des avocats de la Couronne, ce qui n'est peut-être pas surprenant compte tenu du fait qu'il est en grande partie l'œuvre d'avocats du gouvernement qui peuvent consacrer du temps à ces questions.

Les représentants de l'Association du barreau canadien ont exprimé leur position devant le Comité le 24 mars 1983. Nous appuyons sans réserve les vues défendues à cette occasion par MM. Robert McKercher, C.R. et Peter Leask qui ont abordé la question du point de vue des avocats de la défense.

II. OBSERVATIONS

Voici les articles du projet de loi qui, de toute évidence, méritent d'être commentés par l'Association.

1. *Paragraphe 10(1)*. Dans le cas où, en matière criminelle, la charge de la preuve morale incombe au poursuivant, celui-ci s'en acquitte lorsque, sans apprécier la crédibilité des témoins, le tribunal conclut qu'un juge des faits qui a reçu les directives requises pourrait être *fondé* à conclure, avec une quasi-certitude, à la réalité du fait contesté. (les italiques sont de nous)

L'Association craint que l'expression «fondé à» facilite à la Couronne la tâche qui consiste, dans une affaire criminelle, à prouver la responsabilité de l'accusé avec une quasi-certitude.

2. *Paragraphe 11(3)*. Dans le cas où, en matière criminelle, un texte législatif impose expressément la charge de la preuve légale de la réalité d'un fait contesté à l'inculpé, celui-ci s'en acquitte sur preuve par présomptions.

Tout ce que nous avons à dire c'est que ce paragraphe risque d'être inopérant en raison du paragraphe 11(d) de la Charte.

3. *Article 14*. En matière criminelle, le tribunal n'est pas tenu de donner des directives particulières au juge des faits sur la charge de la preuve indirecte.

L'Association estime que cet article devrait être supprimé. La règle de la preuve indirecte a déjà beaucoup moins de poids, particulièrement à la lumière de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *la Reine C. Cooper* (1977) 34 C.C.C. (2d) 18. Nous estimons que la vigueur de la règle de la preuve indirecte en ce qui touche la preuve de l'*actus reus* doit être préservée.

4. *Paragraphe 16(2)* En matière criminelle, un aveu n'est recevable qu'avec le consentement de la partie adverse.

It is our position that this provision should again be deleted. An admission necessarily involves a statement against interest. The reason the Crown desires to have the right of formal consent arises in situations in which they wish to place prejudicial evidence before the trier of fact. For example, in a murder case, the cause of death may not be in issue. By refusing to accept an admission however, it permits the Crown to place before the jury the often prejudicial photographs and to call a forensic pathologist, who will, in great detail, describe the wounds and how much wounds would have been inflicted. Whilst this has been part of the gamesmanship of criminal proceedings for many years, it is submitted that this should not be encouraged by legislation. The opposing party would not be prejudiced in any way because if the admission that is made does not go far enough then evidence could be called with leave of the Court.

5. *Section 22(2)*. The court may exclude evidence the admissibility of which is tenuous, the probative force of which is trifling in relation to the main issue and the admission of which would be gravely prejudicial to a party.

This subsection reflects the majority judgment of the Supreme Court of Canada in the matter of *Regina v. Wray*, [1970] 4 C.C.C. 1. We see no good reason to "freeze" the law in this area at this time. The matter will undoubtedly again come before the Supreme Court and given the present make up of the Court it may well be that Their Lordships will come to a different conclusion.

6. *Sections 23—32, 95 and 123*.

We do not propose to reproduce all of these sections, however the first, sections 23-32, deal collectively with character evidence in criminal proceedings. Section 95 is that section which would permit limited comment upon an accused's failure to testify and section 123 provides for the cross-examination of an accused upon his previous criminal record in certain limited circumstances.

It is the position of the Association that these sections, both individually and collectively, are completely unacceptable. For example, section 28 provides as follows:

Section 28(1). An accused may adduce evidence of a character trait of the complainant where

(a) the trait was known to the accused at the time of the offence is alleged to have been committed;

or

(b) the evidence would be admissible if the complainant were a party, under the rule known as the "similar acts" or "similar facts" rule.

(2) For the purposes of subsection (1), evidence adduced by an accused tending to establish self-defence shall be deemed to be evidence of a character trait of the complainant.

This section would appear to abrogate, in part, the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Regina v. Scopelliti*, (1981) 63 C.C.C. (2d) 481. The judgment in *Scopelliti* states that the violent disposition of the deceased, which was unknown to the accused at the time of the alleged offence,

Nous estimons que ce paragraphe devrait être supprimé. Un aveu n'aidera jamais la cause d'un accusé. La Couronne veut qu'on ne puisse s'en servir qu'avec le consentement de la partie adverse parce qu'elle voudrait dans certains cas présenter des preuves indirectes au juge de fait. Ainsi, dans le cas d'un meurtre, la cause du décès peut ne pas constituer le point le plus important de l'affaire. Mais le refus d'accepter un aveu permet à la couronne de soumettre au jury des photographies souvent préjudiciables et de faire comparaître un médecin légiste qui décrira en détail les blessures et comment elles ont pu être infligées. Bien que cela fasse partie des règles du jeu dans les poursuites pénales depuis de nombreuses années, nous estimons que la loi ne devrait pas encourager ce genre de procédure. La partie adverse n'en serait nullement désavantagée, car si l'aveu qui a été fait ne va pas assez loin, alors le témoignage pourrait être entendu avec l'autorisation du tribunal.

5. *Paragraphe 22(2)*. Le tribunal peut écarter un élément de preuve dont la recevabilité tient à une subtilité, dont la force probante est négligeable par rapport au principal et dont l'admission serait gravement préjudiciable à une partie.

Ce paragraphe traduit la décision majoritaire rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *La reine c. Wray* 1970 4 C.C.C. 1. Nous ne voyons aucune raison valable de «geler» la loi à cet égard en ce moment. La Cour suprême sera sans aucun doute à nouveau saisie de cette question et étant donné la composition actuelle de la Cour, il se pourrait très bien que messieurs les juges en arrivent à une conclusion différente.

6. *Articles 23 à 32 et 95 et 123*.

Nous n'entendons pas reproduire tous ces articles. Les articles 23 à 32 traitent de la preuve de moralité en matière criminelle. L'article 95 est celui qui permettrait au tribunal de donner des directives au jury lorsque l'inculpé n'a pas témoigné et l'article 123 permet de contre-interroger un inculpé pour savoir s'il a déjà fait l'objet d'une condamnation dans certaines circonstances.

L'Association estime que ces articles, individuellement et collectivement, sont tout à fait inacceptables. Par exemple, l'article 28 dit ceci:

Article 28 (1) L'inculpé peut chercher à établir un élément de la moralité du plaignant dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) il connaissait cet élément au moment où l'infraction aurait été commise;

b) la preuve de cet élément serait recevable, si le plaignant était partie, en vertu de la règle dite des faits ou actes similaires.

(2) Le fait pour l'inculpé de chercher à prouver la légitime défense est réputé chercher à établir un élément de la moralité du plaignant.

Cet article semble abroger partiellement la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *La Reine c. Scopelliti* (1981) 63 CCC (2^{ème}) 481, décision selon laquelle le caractère violent de la victime, élément que l'inculpé ignorait au moment du présumé délit, pourrait être

could be lead in evidence by the defence in order to demonstrate that it was more likely than not that the deceased was the aggressor in the fight leading to his death. This is but one example of how the codification of the law of evidence can prevent the law from developing into new areas and taking into account new factual circumstances. We note that Mr. Leask expressed similar concerns with respect to this section (24-3-83, 49:11-12).

Section 24 makes completely inadmissible, with no power to relax the rule for good excuse or where there is no prejudice, evidence which the accused may wish to adduce about a trait of his character by way of evidence as to his general reputation in the community unless he first gives notice of his intention to do so to the Court, the prosecutor and any co-accused at least seven days prior to the commencement of his trial. Such a burden is totally unacceptable for a number of reasons. The comments that follow also apply to other sections of the Bill which provide that the defence must give pre-trial notice prior to certain types of evidence being lead. First, the defence should never be obliged, except in certain very restricted circumstances, to disclose their defence prior to trial. Second, it is often difficult to anticipate the need to call such evidence until one has heard much of the Crown's case.

With respect to Section 25 of the Bill, if an accused person elects to adduce evidence pursuant to Section 24 of the Bill, then the prosecution may, at any time, adduce evidence of any trait of the accused's character whether or not that trait has been put in issue by the accused. This can be done by way of expert opinion, general reputation evidence and, of course, by way of evidence establishing a previous conviction or convictions. This goes far beyond the powers of rebuttal that the Crown presently enjoys. Furthermore, Section 26 which is expressed to be a saving provision, makes it clear that the Crown may adduce evidence of any trait of an accused's character for any purpose other than proving that the accused acted in conformity with that particular trait. This might be thought to be reserving the right to call similar fact evidence but Section 26(b) of the Bill specifically reserves that power. Section 26 therefore is obviously intended to expand upon the Crown's right to call such evidence. Furthermore, pursuant to the provisions of Section 27, where an accused adduces evidence of a character trait of the complainant or adduces evidence intending to establish the defence of self-defence, he is deemed by so doing to have put his character in issue and all of the powers given to the Crown pursuant to Section 25 come in to operation.

Section 31 provides an exception to the general rule that evidence of a previous conviction of an accused cannot be introduced by the Crown unless the accused first places his character in issue. We see no good reason for this amendment, however do recognize that Section 317 of the Criminal Code presently provides for the introduction of this type of evidence, however in our experience this section is rarely, if ever, resorted to by the Crown.

7. *Section 35.* Comparison of a disputed handwriting with another handwriting may be made by witnesses, and such

cité par la défense pour montrer que la victime était probablement l'agresseur dans l'affrontement qui a entraîné sa mort. Ce n'est qu'un exemple de la façon dont la codification du droit de la preuve peut empêcher que celui-ci englobe de nouveaux domaines et tienne compte de faits nouveaux. M. Leask a exprimé de semblables réserves au sujet de cet article (24-3-83, 49:11-12).

L'article 24 rend complètement irrecevable, sans qu'on puisse assouplir la règle en cas d'excuses valables ou en l'absence de préjudice, les témoignages que l'inculpé peut souhaiter présenter au sujet d'un trait de son caractère par preuve de commune renommée, à moins qu'il en ait avisé le tribunal, le poursuivant et tout coinculpé au moins sept jours avant le début du procès. Ce fardeau est tout à fait inacceptable, et ce pour un certain nombre de raisons. Les observations qui suivent s'appliquent aussi aux autres articles du projet de loi qui stipulent que la défense doit donner des préavis avant le procès pour pouvoir déposer certains types de preuves. Premièrement, la défense ne devrait jamais être tenue de divulguer ses arguments avant le procès, sauf en certains cas bien limités. Deuxièmement, il est souvent difficile de prévoir qu'on aura à déposer de telles preuves avant d'avoir entendu une bonne partie des arguments de la Couronne.

En ce qui concerne l'article 25 du projet de loi, si un inculpé choisit de déposer des preuves conformément à l'article 24, le poursuivant peut, n'importe quand, chercher à établir un élément de la moralité de l'inculpé, que cet élément ait ou non été soulevé par ce dernier. Cela peut se faire par avis d'expert, par preuve de commune renommée et, évidemment, par preuve établissant qu'il y a eu condamnation antérieure. Cela va beaucoup plus loin que les pouvoirs de réfutation dont dispose la Couronne actuellement. De plus, l'article 26, qu'on dit une disposition de réserve, montre clairement que la Couronne peut chercher à établir un élément de la moralité de l'inculpé si son but n'est pas de démontrer que l'inculpé a agi conformément à cet élément. On pourrait penser que cela réserve le droit d'établir des faits semblables, mais le paragraphe 26 b) du projet de loi réserve expressément ce pouvoir. L'article 26 vise donc de toute évidence à élargir le droit de la Couronne d'établir de tels éléments. En outre, conformément aux dispositions de l'article 27, lorsqu'un inculpé établit un élément de la moralité du plaignant ou cherche à prouver la légitime défense, il est réputé, ce faisant, avoir soulevé cet élément, ce qui met en branle tous les pouvoirs conférés à la Couronne conformément à l'article 25.

L'article 31 prévoit une exception à la règle générale voulant qu'une preuve relative à une condamnation antérieure de l'inculpé ne puisse être déposée par la Couronne à moins que l'inculpé n'ait d'abord soulevé cet élément. Nous ne voyons pas de raison valable à cette modification. Bien que nous reconnaissons que l'article 317 du Code criminel prévoit actuellement l'introduction de ce type de preuves, d'après notre expérience, cet article est rarement, sinon jamais, invoqué par la Couronne.

7. *Article 35.* Un témoin peut comparer une écriture contestée avec toute autre écriture. Ces écritures et le témoignage

handwritings and the evidence of witnesses with respect to them may be submitted to the trier of fact as proof of the genuineness or otherwise of the handwriting in dispute.

What this section does is to eliminate the necessity of providing the genuineness of the comparison document first and it is our position that this safeguard should be preserved.

8. *Section 46.* Where a declarant has made a statement containing an eye-witness identification of a person, that statement is admissible for all purposes in any proceeding in which the declarant is called as a witness.

It is our understanding of the law at present that such evidence could only be called if it was intended as confirmation of an in-court identification. That is, a hearsay statement could not be admitted in evidence as proof of the truth of the contents of the statement, but in essence, to show consistency with the in-court statement. This had been deemed necessary because of the grave concerns expressed by the judiciary with respect to "dock-identification". This particular provision however, would provide yet another exception to the hearsay rule. It would permit a statement to be used as proof of the truth of the contents of the statement. It would breach the rule against the introduction of previous consistent statements and would seriously weaken the numerous cases which have dealt with the dangers of eye-witness identification such as *Regina v. Turnbull*, [1977] Q.B. 224.

9. *Sections 51 and 52.*

These sections both extend the law considerably and provide essentially that where a declarant or his testimony is unavailable, a statement made by him as to the cause or circumstances of his death or injury or a statement made by him in the course of duty, is admissible to prove the truth of the matter asserted and also, in the case of section 52, to prove the truth of any collateral matter where the declarant has a duty to record or report his acts. These sections represent significant extensions of the law in the area of hearsay evidence, neither of which, it is submitted, are justified. Section 52(2) goes on to provide that notes made by a police officer performing a public duty are also admissible under this section and notwithstanding that they were made in anticipation of imminent litigation. All criminal lawyers, whether they be working for the Crown or for the defence, know how notoriously unreliable at times police officer's notes can be. There is *absolutely* no justification for this provision.

10. *Section 58.* A statement by a person who was engaged with a party in an unlawful common purpose, or a lawful common purpose to be carried out by unlawful means, made in furtherance of the common purpose, is admissible against the party to prove the truth of the matter asserted if it is established by evidence from a source other than the declarant that the party was engaged in the common purpose.

This section is clearly intended to make the statements of a co-accused admissible as proof of the contents of the

rendu peuvent être présentés au juge des faits comme preuve de l'authenticité ou du manque d'authenticité de l'écriture contestée.

En vertu de cet article, il n'est plus nécessaire de prouver d'abord l'authenticité du document de comparaison; or, nous croyons que cette garantie devrait subsister.

8. *Article 46.* Une déclaration qui contient l'identification d'une personne par un témoin oculaire est recevable en preuve à toutes fins dans une procédure au cours de laquelle son auteur est cité comme témoin.

Si nous comprenons bien la loi actuelle, une telle preuve ne pourrait être exigée qu'à titre de confirmation de l'identification d'un témoin faite devant le tribunal. C'est-à-dire qu'une déclaration de ouï-dire ne pourrait être recevable comme preuve du contenu de la déclaration, mais essentiellement pour en démontrer la concordance avec la déclaration faite en cour. Cela a été jugé nécessaire par les pouvoirs judiciaires qui se préoccupent beaucoup au sujet des «identifications faites du banc des accusés». Mais cette disposition constituerait une autre exception à la règle du ouï-dire, puisqu'une déclaration pourrait être utilisée comme preuve de la véracité de son contenu. Cette disposition contreviendrait à la règle qui interdit la production de déclarations pertinentes antérieures et ébranlerait sérieusement les décisions prises dans nombreux cas relatifs au danger de l'identification par un témoin visuel, comme dans la cause *Regina c. Turnbull*, (1977) c.r. 224.

9. *Articles 51 et 52*

Ces deux articles élargissent considérablement la loi. Ils stipulent, en général, que dans les cas où le témoin ou son témoignage ne sont pas disponibles, toute déclaration faite par lui sur les circonstances et la cause de son décès ou des blessures qu'il a subies dans l'exercice de ses fonctions, est recevable comme preuve de la véracité du témoignage et aussi, pour ce qui est de l'article 52, pour faire la preuve de tout fait connexe, si le témoin est tenu de faire un rapport concernant ses actes ou de les enregistrer. Ces articles constituent des élargissements appréciables à la loi concernant la preuve par ouï-dire. Ces dispositions sont, à notre avis, injustifiées dans un cas comme dans l'autre. Le paragraphe 52(2) porte que les notes ou tout autre document d'un agent de police, rédigés dans l'exercice de fonctions officielles, sont également recevables en vertu de cet article, nonobstant le fait qu'ils aient été rédigés en prévision d'un litige. Tous les criminalistes, qu'ils soient au service de la couronne ou de la défense, savent jusqu'à quel point les notes rédigées par un agent de police sont parfois peu fiables. Cette disposition n'est absolument pas justifiée.

10. *Article 58.* La déclaration faite par une personne qui poursuit avec une autre une fin illégale commune, ou une fin légale commune par des moyens illégaux, est recevable comme preuve de sa véracité s'il est démontré qu'elle était faite dans la poursuite du but commun et s'il est démontré, par une preuve provenant d'une source autre que le témoignage de cette personne, que celle-ci poursuivait une telle fin.

Cet article vise clairement à ce que les déclarations d'un co-accusé soient recevables comme preuve du contenu de la

statement against an accused person. Once again, we see no reason to freeze the law with respect to the so-called "co-conspirators exception to the hearsay rule" at this time. The important ruling of the Ontario Court of Appeal in the case of *Regina v. Baron and Wertman*, (1977) 31 C.C.C. (2d) 525, which discusses this important rule of evidence, is obviously still being applied, interpreted and developed, ensuring not only that such evidence is admissible where appropriate but that accused persons are protected from such hearsay evidence.

11. *Section 62(2)*. Where a statement referred to in paragraph (1)(i) is a self-serving statement made by an accused, it shall be received in evidence on behalf of the accused only if he testifies, and he shall not adduce it by way of cross-examination.

Section 62(1) of the Bill preserves the right of the Crown to enter statements under the guise of the *res gestae* exception to the hearsay rule. It is the position of the Association that the *res gestae* rule today has become a "catch-all" by which the Crown attempts to enter evidence against an accused person when it cannot think of any better way of admitting it. The rule has lost its conceptual meaning and has largely been used to enter confessions without the necessity of a *voir dire*. In the fairly recent decision of *Erven v. The Queen*, (1979) 44 C.C.C. (2d) 76, the Supreme Court of Canada ruled that *res gestae* statements can be adduced by the defence as well as by the Crown. From the stand-point of the defence of course, this is done by cross-examination. This subsection is a clear attempt to re-write the *Erven* rule. It compels an accused person to take the stand. It should be noted that prejudicial statements as far as the accused is concerned, are still admissible and notwithstanding that the accused may decide not to give evidence on his own behalf.

12. *Section 63*.—defines the term "voluntary" with respect to statements of accused persons. The definition reads as follows:

Section 63. In this section and Section 64 to 70, ... "voluntary", in relation to a statement means that the statement was not obtained by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

The law has developed considerably since the Privy Council decision in *Ibrahim v. Regina*, [1914] A.C. 599. The definition of "voluntary" as found within section 63, adopts the definition of the word "voluntary" as defined by Lord Sumner in *Ibrahim*. The *Ibrahim* rule was based upon the view that a major reason for excluding a statement obtained by threat or promise was the fear that the statement might be untruthful. A number of cases since *Ibrahim* including *Regina v. Gauthier*, (1925) 27 C.C.C. (2d) 14 (S.C.C.), *Horvath v. The Queen*, (1979) 44 C.C.C. (2d) 385 (S.C.C.) and, most recently, *Rothman v. Regina*, (1981) 59 C.C.C. (2d) 30 (S.C.C.) have clearly indicated that control of police tactics is a major policy consideration when dealing with admissibility of statements made by accused persons. This definition of "voluntary" would appear to be an attempt to drive the case law back to the very narrow and rigid *Ibrahim* position.

déclaration faite contre l'accusé. Ici encore, nous ne voyons, pour le moment, aucune raison de figer la loi à l'égard de la prétendue «exception des co-conspirateurs à la règle de l'ouï-dire». L'importante décision de la cour d'appel de l'Ontario dans la cause *Régina c. Baron et Wertman*, (1977) 31 C.C.C. (2e) 525, où cette importante règle de preuve est discutée, continue bien sûr d'être appliquée interprétée et développée, garantissant que non seulement cette preuve soit recevable lorsqu'elle est justifiée, mais encore que les accusés soient protégés contre une telle preuve par ouï-dire.

11. *Paragraphe 62(2)*. L'inculpé ne peut produire en preuve une déclaration visée à l'alinéa (1*i*) qu'il a faite à son avantage s'il ne témoigne pas. Il ne peut non plus produire cette déclaration en contre-interrogatoire.

Le paragraphe 62(1) du projet de loi réserve à la couronne le droit d'enregistrer des dépositions en vertu de l'exception *res gestae* à la règle de l'ouï-dire. Notre association estime que la règle du *res gestae* est devenue aujourd'hui une disposition «passe-partout» dont la couronne se sert pour faire la preuve contre l'accusé lorsqu'elle ne peut trouver un meilleur moyen de recevoir une telle preuve. Cette règle a perdu toute valeur conceptuelle et a été utilisée surtout pour recevoir des aveux sans la nécessité d'un *voir dire*. Dans l'affaire récente *Erven c. La Reine*, (1979) 44 C.C.C. (2e) la Cour suprême du Canada a statué que les déclarations *res gestae* peuvent être invoquées par le défendeur aussi bien que par la couronne. La défense le fait, bien sûr, par le contre-interrogatoire. Ce paragraphe vise manifestement à reformuler la règle *Erven*. Il oblige l'accusé à prendre place au banc des témoins. Il convient de noter que, du point de vue de l'accusé, les déclarations préjudiciables sont quand même admissibles, nonobstant le fait que l'accusé peut décider de ne pas déposer en son propre nom.

12. *Article 63*.—Cet article définit l'adjectif «spontanées» relativement aux déclarations de l'accusé. La définition est la suivante:

Article 63. Dans cet article et dans les articles 64 à 70 ... le terme «spontané», en parlant d'une déclaration signifie que la déclaration n'a pas été obtenue sous l'emprise de la crainte d'être lésé ou dans l'espoir qu'un responsable puisse intervenir en son propre nom ou auprès d'une autre personne.

Le droit a évolué considérablement depuis la décision prise par le Conseil privé dans l'affaire *Ibrahim c. la Reine* 1914 C.A. 599. La définition du terme «spontané» que l'on retrouve à l'article 63, se conforme à la définition de ce même terme que donne Lord Sumner dans l'affaire *Ibrahim*. Dans cette affaire, cette règle avait été adoptée parce qu'on craignait surtout qu'une déclaration obtenue par la menace ou des promesses puisse être une fausse déclaration. Un certain nombre de cas depuis *Ibrahim*, y compris *La Reine c. Gauthier*, (1975) 27 C.C.C. (2e) 14 (CSC), *Horvath c. La Reine* (1979) 44 C.C.C. (2e) 385 (CSC) et, plus récemment, *Rothman c. La Reine*, (1981) 59 C.C.C. (2e) 30 (CSC) indiquent clairement que le contrôle des tactiques de la police doit absolument entrer en ligne de compte lorsqu'on traite de la recevabilité de déclarations faites par l'accusé. Cette définition de «volontaire» semblerait être une

13. *Section 64.* A statement, other than one to which paragraph 62(1)(f), (g), (h) or (i) applies, that is made by an accused to a person in authority is not admissible at the instance of the prosecution at a trial or preliminary inquiry unless the prosecution, in a voir dire, satisfies the court on a balance of probabilities that the statement was voluntary.

This is the major amendment contained within the legislation and is the one single section contained within the Bill which gives us the greatest cause for concern. Our Association finds absolutely no logical reason for this change in the law which would impose the "civil standard" upon the Crown with respect to the admissibility of a statement made by an accused person to a person in authority. Mr. Leask spoke most eloquently with respect to this particular section and we would adopt his comments in their entirety. It should be noted perhaps that the Supreme Court of Canada has recently taken the position that with respect to matters of fact alleged by the Crown during a sentence hearing following a plea of guilty, in such allegations are contested by the defence they must be proven by the Crown beyond a reasonable doubt rather than on a balance of probabilities (*See: Her Majesty the Queen v. Gardiner*, S.C.C., August 9, 1982—unreported). Mr. Leask indicated to this Committee that in British Columbia fully 80 per cent (*at least*) of all confessions are successfully introduced by the Crown into evidence following a *voir dire*. This is also our experience here in the Province of Alberta. We simply see no need to reduce the burden of proof cast upon the Crown in this crucial area.

14. *Section 72.* A statement ruled inadmissible under section 64 is not rendered admissible in whole or in part by the subsequent finding of confirmatory real evidence within the meaning of section 160, but evidence is admissible to show that the real evidence was found as a result of the statement or that the accused knew of the nature, location or condition of the real evidence.

This statutory enactment would appear again to preserve the current state of the law as set out in *Regina v. Wray*, *supra*. We repeat our position that the *Wray* judgment may well be over-ruled or at least qualified by the present Supreme Court of Canada, both with respect to the matter of illegally obtained evidence and the so-called "subsequent fact doctrine".

15. *Sections 80-85* These sections deal with alibi evidence.

In brief, it is our respectful submission to this Committee that there is no reason at all to codify the law with respect to the matter of alibi evidence.

These sections unduly complicate the law in this area and really serve no useful purpose from either the standpoint of the Crown or the defence.

16. *Section 93*—This section deals with spousal competence and compellability at the instance of the prosecution. Again the considerable expansion of what is presently section 4 of the Canada Evidence Act, represents a very radical change in the law and one that calls for very serious consideration and deliberation prior to its enactment following the appropriate consultation with all members of the bar. Similar

tentative visant à ramener le droit jurisprudentiel dans le cadre très étroit et rigide de l'affaire *Ibrahim*.

13. *Article 64.* Le poursuivant ne peut produire en preuve au procès ou à l'enquête préliminaire une déclaration, autre qu'une déclaration visée aux alinéas 62(1)f), g), h) ou i), faite par l'inculpé à un responsable que si, lors d'un voir-dire tenu à cette fin, elle établit sur preuve par présomptions, que cette déclaration était spontanée.

Il s'agit du principal amendement contenu dans le projet de loi et du seul article également qui nous cause le plus d'inquiétude. Notre association ne trouve absolument aucune raison logique à ce changement législatif qui imposerait les «normes civiles» à la Couronne en ce qui a trait à la recevabilité d'une déclaration faite par un inculpé à un responsable. M. Leask a commenté avec beaucoup d'éloquence cet article particulier et nous l'approuvons, sans réserve. Il conviendrait de noter peut-être que la Cour suprême du Canada a récemment décidé que pour les faits allégués par la Couronne pendant une audience suivant un aveu de culpabilité, si ces allégations sont contestées par la défense, elles doivent être prouvées par la Couronne au-delà de tout doute raisonnable plutôt que par présomption (voir: *Sa Majesté la Reine c. Gardiner*, (CSC) 9 août 1982—non rapporté). M. Leask a indiqué au Comité qu'en Colombie-Britannique 80 p. 100 au moins de tous les aveux présentés par la Couronne sont recevables comme preuve après un voir-dire. C'est également le cas ici dans la province de l'Alberta. Nous ne voyons simplement pas la nécessité de réduire le fardeau de la preuve imposée à la Couronne dans ce domaine crucial.

14. *Article 72.* La déclaration jugée irrecevable conformément à l'article 64 ne devient recevable ni en partie ni en totalité du fait de la découverte postérieure d'une preuve matérielle au sens de l'article 160 la confirmant. Toutefois, il peut être prouvé que la découverte de la preuve matérielle résulte de la déclaration ou que l'inculpé en connaissait la nature, son état ou le lieu où elle se trouvait.

Cette disposition semblerait à nouveau maintenir l'état actuel de la loi qui avait été établi dans la *Reine c. Wray* ci-dessus. Nous répétons que le jugement *Wray* peut fort bien être infirmé ou du moins modifié par la Cour suprême du Canada actuelle, en ce qui a trait à la question de la preuve obtenue illégalement et à la présumée «doctrine des faits subséquents».

15. *Articles 80 à 85* Ces articles traitent de l'alibi.

En résumé, nous estimons qu'il n'y a aucune raison de codifier la loi en ce qui a trait à l'alibi.

Ces articles compliquent indûment la loi dans ce domaine et ne servent vraiment aucune fin utile du point de vue de la Couronne ou de la défense.

16. *Article 93*—Cet article traite de la compétence du conjoint et du fait qu'il peut être contraint à témoigner au procès. Une fois de plus, le fait que l'actuel article 4 de la Loi sur la preuve au Canada, a été considérablement élargi représente un changement très radical dans la loi et exige une étude et des délibérations très sérieuses avant d'être adopté non sans avoir fait l'objet d'une consultation appro-

comments would apply with respect to sections 166-174, which are those sections dealing with privileges relating to marriage.

17. *Section 121-125* These sections deal with the general rules to be applied when the credibility of a witness is in issue. There are again some very radical changes to the law as it presently stands contained within these sections. Section 123(3) for example, provides that an accused person may be cross-examined as to a conviction within seven years prior to the date of the present charge against him, where that earlier conviction relates to an offence that includes fraud as an essential element. Section 125 of the Bill provides that corroboration and the accompanying warning is no longer required. The section goes on to provide that the court shall instruct the jury on the special need for caution where it considers it appropriate and shall do so in certain enumerated instances. This section would appear again to be in possible conflict with the very recent decision of the Supreme Court of Canada in *Vetrovec v. The Queen*, (1982) 67 C.C.C. (2d) 1.

18. *Section 153(1)*. A business record is admissible whether or not any statement contained in it is hearsay or a statement of opinion, subject, in the case of opinion, to proof that the opinion was given in the usual and ordinary course of business.

This section clearly envisages the introduction into evidence of hearsay via a business record. The issue that is left unresolved is whether or not second and third-hand hearsay is also contemplated. This should be clarified. The business records provisions contained within the Canada Evidence Act at present, do not appear to provide for the introduction of second and third-hand hearsay.

19. *Sections 175-182*. These sections comprise Part VI of the Bill, entitled "Decision Making Powers". This part is nothing more than a complete "hodge-podge" of provisions none of which are related logically one to the other. This part is indicative of the general approach taken to the drafting of the Act, that is, the Act is poorly constructed and appears to contain numerous sections which were never contemplated when the idea of a Uniform Evidence Act was first proposed.

III. CONCLUSION

For many years there has been an attempt to draft a Uniform Evidence Code for the Federal Government and all of the Provinces. The concept of uniformity is a good one and we do not take issue with it. When the process of drafting the legislation began however, it was intended that the document would be a relatively conservative one, in that it would attempt to incorporate the law as it presently stands, with some changes where there was general agreement that such changes were necessary. For that purpose, committees across Canada discussed the provisions very thoroughly and a final report was drafted out of which the proposed acts would flow. Again, we did not take issue with that process. Nevertheless, it is clear that in the final two meetings of the Task Force changes were made and provisions inserted that had not been discussed in the aforementioned process. There has been little representation from the defence bar and a number of fundamental changes have been inserted into the legislation following the

prise avec tous les membres du barreau. On pourrait en dire autant des articles 176 à 174 qui traitent des privilèges rattachés au mariage.

17. *Articles 121-125*—Ces articles traitent des règles générales qui doivent être appliquées lorsque la crédibilité d'un témoin est mise en cause. Ces articles apporteraient eux aussi des changements très radicaux à la loi actuelle. Le paragraphe 123(3) par exemple, stipule qu'un inculpé peut être contre-interrogé au sujet d'une condamnation qui lui aurait été servie dans les sept ans qui précèdent la date de sa mise en accusation actuelle lorsque cette condamnation antérieure concerne une infraction dont la fraude est un élément essentiel. L'article 125 du projet de loi supprime la nécessité de la corroboration et de la mise en garde y afférente cependant, le tribunal doit, dans tous les cas où il le juge approprié et dans certains cas énumérés, donner des directives au jury sur la prudence requise. Encore une fois, cet article pourrait être en contradiction avec la décision rendue tout récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vétrovec c. La Reine* (1982) 67 C.C.C. (2^e) 1.

18. *Paragraphe 153(1)*. Un document est recevable en preuve même s'il contient un oui-dire ou exprime un avis. Toutefois, dans le cas où il exprime un avis, la preuve doit être faite qu'un avis a été donné dans le cours normal d'une activité.

Cet article permettrait de recevoir en preuve un oui-dire contenu dans un document. Mais ce qui n'est pas clair, c'est la question de savoir si on envisage aussi de recevoir en preuve les oui-dire attribués à des tiers. Cette question devrait être éclaircie. Les dispositions de la Loi sur la preuve concernant ces documents ne semblent pas prévoir la recevabilité de pareils oui-dire.

19. *Articles 175 à 182*. Ces articles, qui forment la partie VI intitulée «pouvoir décisionnel», représentent un pot pourri de dispositions sans aucun lien logique entre elles. Cela reflète la manière générale dont on a abordé la rédaction de la loi qui est mal construite et semble renfermer de nombreux articles qui n'avaient jamais été envisagés quand l'idée d'une loi uniforme sur la preuve a été lancée.

III. CONCLUSION

Il y a bien longtemps qu'on essaie de rédiger un code uniforme sur la preuve pour le gouvernement fédéral et l'ensemble des provinces. L'idée de l'uniformité est bonne, et nous n'avons rien à redire là-dessus. Toutefois, lorsqu'on a commencé à rédiger la loi, on avait voulu que ce soit un document relativement conservateur qui reprendrait la loi actuelle en y apportant certaines modifications unanimement jugées opportunes. A cette fin, des comités ont, partout au Canada, discuté à fond de ces dispositions et déposé un rapport final dont devaient s'inspirer les projets de loi. Encore en fois, nous étions bien d'accord. Néanmoins, dans les deux dernières réunions du groupe de travail, les modifications ont été apportées et des dispositions ajoutées dont il n'avait pas été question dans les discussions susmentionnées. On n'a guère consulté le groupe des avocats de la défense et un certain nombre de modifications fondamentales ont été apportées à la loi suite aux réunions initiales du Comité. Nous estimons que ces modifications

initial Committee meetings. It is our position that these changes should be reconsidered thoroughly and there should be adequate representation from the defence bar.

As noted by The Honourable Mr. Justice D.C. McDonald in his article, *supra*, the new provisions would favour the prosecution over the defence for the most part. Looking at the provisions as a whole, it is clear that while it will undoubtedly make convictions more readily obtainable, we doubt that justice will thereby be served.

We see no need to codify the law in this area as extensively as is being proposed, nor do we detect an expressed need for this Bill from the practicing Alberta Bar.

It is the Association's position that such radical changes should not be enacted into law without first extensive consultation with the bar.

In summary we are opposed to this Bill as it is presently drafted and we urge this Committee to reject it in its entirety.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED
CRIMINAL TRIAL LAWYERS ASSOCIATION
OF EDMONTON

Peter J. Royal,
President

C. Adele Kent,
Secretary

EDMONTON, ALBERTA
April 19, 1983

devraient être réexaminées à fond en collaboration avec les avocats de la défense.

Comme le signalait l'honorable juge en chef D.C. McDonald dans son article déjà cité plus haut, les nouvelles dispositions sont en majeure partie favorable à la Couronne, au détriment de la défense. Si on examine les dispositions dans leur ensemble, il est clair qu'il sera plus facile d'obtenir la condamnation des coupables, mais nous doutons qu'elles servent à des fins de justice.

Nous ne voyons pas la nécessité de codifier la loi à cet égard de façon aussi vaste qu'on le propose et nous n'avons pas l'impression que les avocats en exercice en Alberta jugent ce projet de loi nécessaire.

L'Association estime que ces changements radicaux ne devraient pas être apportés à la loi sans que le Barreau ait d'abord été longuement consulté.

En résumé, nous nous opposons à ce projet de loi dans sa forme actuelle et recommandons instamment au Comité de le rejeter en entier.

RESPECTUEUSEMENT SOUMIS PAR LA
CRIMINAL TRIAL LAWYERS ASSOCIATION
OF EDMONTON

Le président,
Peter J. Royal

La secrétaire,
C. Adele Kent

EDMONTON (ALBERTA)
19 avril 1983

APPENDIX "54-B"

April 8th, 1983

Mr. Paul Belisle,
Clerk,
Standing Senate Committee on
Legal Constitutional Affairs,
140 Wellington Street
Room 622
OTTAWA, Ontario
K1A 0A4

Dear Mr. Belisle:

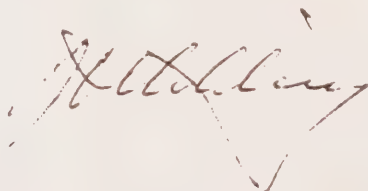
Re: Uniform Evidence Act,
Bill 33

I have the honor of submitting herewith on behalf of The Advocates' Society our brief on Bill S-33, The Canada Evidence Act, 1982, relating to civil proceedings.

The brief was unanimously adopted by the Directors of the Society at their meeting on April 7th.

I wish to confirm that Mr. John P. Nelligan, Q.C. will appear before the Committee in support of the brief on April 28th at 9:00 a.m.

Yours very truly,



J. D. Holding, Chairman
Uniform Evidence Act Committee

JDH/eh
Encl.

BY COURIER

The Advocates' Society
Submission to the Standing Senate Committee
on Legal and Constitutional Affairs

on

Bill S-33, The Canada Evidence Act, 1982

Relating to Civil Proceedings

April 11, 1983

THE ADVOCATES' SOCIETY

OFFICERS

President
First Vice-President
Second Vice-President
Third Vice-President
Treasurer
Secretary

K.E. Howie, Q.C.
J.P. Nelligan, Q.C.
Bert Raphael, Q.C.
G.W. Hately, Q.C.
J.H. Holding, Q.C.
T.J. O'Sullivan

DIRECTORS

M.G. Appel
B.D. Brown, Q.C.
H.J. Daniel, Q.C.
D.H. Dixon
D.G. Duke, Q.C.
H.H. Elliott, Q.C.
E.E. Frank
B.L. Gluckstein, Q.C.
E.L. Breenspac, Q.C.
B.A. Grosman, Q.C.
G.W. Hately, Q.C.
J.D. Holding, Q.C.
K.E. Howie, Q.C.
W.A. Jenkins, Q.C.
C.A. Keith, Q.C.
S.E. Lang
J.I. Laskin
R.B. Lawson, Q.C.

T.J. Lockwood, Q.C.
J.A.B. Macdonald, Q.C.
C.M. MacIntyre, Q.C.
W.H.P. Madorin, Q.C.
L.R. Morin, Q.C.
F.R. Moskoff, Q.C.
J.P. Nelligan, Q.C.
T.J. O'Sullivan
Bert Raphael, Q.C.
Moishe Reiter, Q.C.
D.H. Rogers, Q.C.
C.F. Scott
J.C. Simmons
G.A. Simpson, Q.C.
M.E. Sullivan, Q.C.
S.M. Tick, Q.C.
C.R. Thomson, Q.C.
R.D. Yachetti, Q.C.

PAST PRESIDENTS

J.J. Robinette, Q.C.
Mr. Justice R.S. Montgomery
W.B. Williston, Q.C.
C.F. McKeon, Q.C.
P.B.C. Pepper, Q.C.
W.S. Wigle, Q.C.
E.A. Cherniak, Q.C.
T.H. Rachlin, Q.C.

Mr. Justice R.F. Reid
Mr. Justice P. deC. Cory
Mr. Justice W.D. Griffiths
Arthur Maloney, Q.C.
H.G. Chappell, Q.C.
Mr. Justice J.J. Fitzpatrick
Mr. Justice J.W. O'Brien

THE ADVOCATES' SOCIETY**Committee on the Uniform Evidence Act****BRIEF****Introduction**

The Advocates' Society is an association of experienced trial lawyers who specialize in the practice of advocacy throughout the Province of Ontario.

In mid-year 1982, the Society indirectly became aware of the Federal Provincial Task Force Report on a proposed Uniform Evidence Act, late adopted by the Uniform Law Conference of Canada. The Directors of the Society appointed a Committee to investigate and report on the proposed Act.

The within brief relates solely to the civil litigation aspects of Bill S-33.

This brief was endorsed and approved for submission to the Standing Senate Committee at the meeting of the Directors of the Society held on April 7, 1983.

General Comments

Historically, the rules of evidence have been developed within the common law, have evolved over hundreds of years and are continuing to evolve to meet changing conditions and the requirements of modern litigation. Statutory provisions have been introduced from time to time but have in the main been limited to the reform of common law rules where change was required in order to do justice, and to the provision of new rules to meet modern requirements. To our knowledge, there has never been an attempt in Canada or in England to codify the common law rules.

In our view, the historical approach has been the right one, and has resulted in a flexible system of evidence rules which have been proven capable of adaptation to most changing conditions and novel factual situations. The existing common law rules of evidence have served us well, and, like Mr. Justice Murray, the dissenting member of the Task Force, we are unaware of any groundswell of opinion on the part of members of the Bench and Bar in favour of codification or general reform, at least in civil litigation.

In our view, it is undesirable to attempt to codify existing common law rules of evidence. In the first place, we see absolutely no necessity for doing so, as the present rules are well understood by judges and lawyers. Secondly, it is extremely difficult to reduce a substantial body of law relating to any rule or series of rules to a few lines intended to encapsulate the judicial authorities, and there is therefore a serious risk that unintended changes in the existing law may result from subsequent judicial interpretation of the codified rule. Thirdly, to the extent that the existing rules are codified, the courts are presented with a new starting point in the law of evidence upon which new judicial authority will arise, with all of the dispute and uncertainty attendant upon this process.

It is our understanding that the Task Force in fact conceded the undesirability of a general codification of the rules of evidence. The Department of Justice Information Paper issued in November, 1982 states:

"The proposed new Canada Evidence Act will not be a code: it was felt that in certain areas of the law of evidence, it was better not to legislate, but to allow the law to develop through the decisions of the Courts".

We certainly agree that the proposed Act does not constitute a code, as it is quite clear that many important areas of the law of evidence are wholly ignored. We are not, however, aware of the justification for selecting certain areas for codification and leaving others alone, nor of the rationale behind the selection of certain rules for codification. In our view, it is undesirable to codify on a piecemeal basis, and once it is recognized that general codification is unnecessary and undesirable, the legislation should be limited to any necessary reform of existing rules, clarification of rules which have been subject to conflicting interpretation, and the provision of new rules thought to be necessary and not provided for at common law.

Our views as to the dangers inherent in unnecessary codification are borne out on detailed consideration of many of the codified rules in the proposed Act. Where these attempts have been made, we find that the resulting sections are extremely simplistic and incomplete statements of existing law which pass over well known and important exceptions and qualifications.

Although we understand it was the intention of the Task Force that the new Act would not displace existing common law except where expressly provided, there is no such statement in the Act and in any event judges and lawyers alike would be left in a state of general uncertainty as to the extent to which sections apparently intended to codify the existing law were intended to provide a complete statement of certain rules thereby displacing existing law.

Certain sections in the proposed Act provide for new methods of adducing evidence and proving facts, will prove to be useful and practical and in some cases reflect changes in the Rules of Practice currently under consideration in Ontario.

In the area of law reform, however, we are extremely concerned about the radical changes proposed with respect to the rule against hearsay. In our view, the practical implications of these changes have not as yet been given adequate consideration, particularly by members of the Bench and Bar who have the practical experience in the application of the evidence rules at trial. Without intending any personal criticism of the members of the Task Force, we cannot help but note that civil practitioners were entirely unrepresented, and only practitioners on the Crown side of the criminal Bar were represented. We have also gained the distinct impression that

many of the proposed sections, although applying equally to criminal and civil cases, seem to have been designed to provide remedies for perceived difficulties in the prosecution of criminal cases, and are certainly wholly unsuited to the trial of civil cases.

We have consciously refrained from disguising our serious concern in expressing strongly pointed criticisms of many of the provisions in Bill S-33. We recognize, however, that a number of sections, on which we have not commented, represent valuable statements and clarifications of existing statute and common law, and we commend the efforts of the Task Force in those areas.

Detailed Consideration of Certain Sections

Section 2

The definition of "statement" is extremely broad, could include the nod or shake of the head or a shrug, and in some circumstances could even apply to mere silence. In view of the proposed admissibility of hearsay statements, the definition appears to be too broad, and could lead to difficulties which may now be difficult to foresee. In our view, it would be better to leave the meaning of this well known word to judicial definition.

Section 5

We have encountered difficulty in appreciating the full ambit of application of this section to certain proceedings. Furthermore, the discretion given to the court not to apply the Act in such proceedings is completely unfettered, and injustice could arise in the absence of any guidelines. We recommend that this section be redrafted to more precisely define the proceedings to which it is intended to refer and to provide some guidelines as to how the discretion is to be exercised.

Sections 8 and 9

These sections purport to codify the existing law relating to burden of proof in civil proceedings. In our view these sections are entirely unnecessary and therefore undesirable for the reasons previously stated. Furthermore, these sections demonstrate

the risks inherent in attempts to codify existing law, in that they are simplistic and incomplete. Section 9, dealing with the legal burden in a civil proceeding, ignores existing law relating to pedestrian cases, the principle of *res ipsa loquitur*, and the gradations of onus in civil cases involving defences imputing the criminal conduct, such as arson and fraud. We recommend that these sections be deleted.

Sections 18 to 21

These sections deal with judicial notice. Section 19 attempts to define the circumstances in which judicial notice may be taken. In our view this section is unnecessary, and undesirable to the extent that it purports to distill the essence of a substantial body of law into a few lines. Section 19 should be deleted. We agree with the intent of section 20. Section 21(1) should, however, be deleted, as it appears to give the right to a judge to change his ruling at some undefined later time if his earlier taking of judicial notice was based on an error of fact, notwithstanding that under section 20 the parties had been afforded an opportunity to be heard on the question before the judicial notice was taken. Section 21(1) therefore appears to be unnecessary in view of section 20, and any relief should be left to the appeal process.

Sections 22(1) and (2)

Section 22(1) deals with admissibility of relevant evidence and inadmissibility of irrelevant evidence. In our view, this subsection is entirely unnecessary and should be deleted. Section 22(2), dealing with the admissibility of prejudicial evidence of little weight is also unnecessary, as the discretion given to the court is already adequately covered under common law, and it would be dangerous to attempt to define the limits of that discretion in five lines. The draftsmanship would suggest that such evidence may be excluded only if it meets three tests, although we doubt this should be the case. In our view, if the admission of the evidence would be gravely prejudicial and its probative force is trifling in relation to the main issue, the court has and should continue to have the discretion to exclude the evidence, even though its admissibility may not be tenuous. We recommend that both sub-sections be deleted.

Section 34

This section would permit the admission of opinion evidence of a non-expert based on facts perceived by him, and the only qualification for admissibility of such evidence is that the evidence would be helpful either to the witness in giving a clear statement or to the trier of fact in determining the issue. This section would appear to provide an endless discretion to the court to admit opinion evidence. In our view, this section should be deleted, and we should continue to rely on the common law on this subject, which is continuing to develop in a satisfactory and flexible manner, as evidenced by a very recent decision by the Supreme Court of Canada.

Section 35

Section 39 would appear to make every witness a handwriting expert. It is one thing to permit a witness to identify handwriting with which he is familiar, as is presently permitted, and quite another matter to allow a non-expert witness to compare two handwritings, with neither of which he may be familiar, and to give his opinion as to whether or not they are of the same person, as would be permitted under section 35. We recommend that this section be deleted.

Section 36

This section would permit an expert to give an opinion on the ultimate issue to be decided by the trier of fact, in the circumstances there outlined. We see no case for necessity, as judges and lawyers have to date been able to get along quite well under the existing rule excluding such opinion. In our view, it would be undesirable and prejudicial to permit an expert to give an opinion embracing the ultimate issue, such as that the defendant or plaintiff was negligent or that the quality of goods met the implied conditions under the Sale of Goods Act, particularly in a jury case. We recommend that section 36 be deleted.

Section 100

In our view this section merely states the obvious, and is entirely unnecessary as the subject matter is quite adequately covered by common law. Section 100 should, in our view, be deleted.

Section 101

This section is, in our view, another example of an unnecessary provision which alters the existing law in an unintended manner. To permit the court to ask a witness "any question it considers useful" would be to give the court carte blanche to allow introduction of irrelevant or inadmissible testimony. In our view it would be better to leave this matter to the discretion of the trial judge, whose exercise of the discretion is in each case subject to appellate review. We recommend that this section be deleted.

Section 102

This section contains an absolute prohibition against a court calling a witness in a civil proceeding. We agree that the circumstances in which it might be proper for a court to call a witness must be very rare indeed, and it is possible that no such circumstances will ever exist. On the other hand, it is possible that such circumstances might arise in some manner presently unforeseen, and we do not see the necessity of imposing an absolute statutory prohibition.

Section 103

This section deals with leading questions, and is in our view entirely unnecessary as the current procedure is well understood and implemented without difficulties. Furthermore, subsection (b) gives the court unlimited discretion to allow cross-examination of one's own witness and is likely to give rise to misuse. We recommend that this section be deleted.

Section 104

Section 104(1) dealing with cross-examination is also in our view unnecessary. Furthermore, this subsection does not accurately state existing law, as it does not permit cross-examination on collateral matters. This subsection also permits a party in the same interest as the party calling the witness to cross-examine that witness, which would not usually be permitted in the exercise of the judge's discretion under present practice. This demonstrates the problems inherent in attempting to lay down hard and fast rules. Section 103(3) would extend to all contradictory evidence the present rule

relating to inconsistent prior statements. It would be a very difficult rule to apply and conform to in practice. The rule would require counsel to ask a witness to repeat under cross-examination everything he said in examination-in-chief in respect of which counsel intended to call contrary evidence. We suggest that in any cases where unfair advantage is gained, the court has the power to remedy the situation by permitting reply evidence or giving leave to recall the witness. We do not understand what is intended in Section 104(4) by the expression "may take any other appropriate measures provided by law". We recommend that section 104 be deleted.

Section 105

We agree with this section, which should be read in conjunction with section 115 and the definition of adverse witness in section 1. In our view, these sections clarify existing law and are useful additions to the Act.

Section 106

This section will purport to give counsel a right of re-examination far broader than is permitted under present practice, and would be wide open to abuse, in that it would permit counsel not only to re-examine on any new matter elicited on cross-examination but also to "explain or clarify any answer given by the witness on cross-examination or any inconsistency between an answer given by the witness on cross-examination and an answer given by him on examination-in-chief". In our view, counsel should not be permitted to rehabilitate his witness to this unlimited extent and we recommend the section be re-drafted or deleted.

Section 107

This section covers matters dealt with in the Ontario Rules of Practice, and poses no difficulties.

Sections 109

This section provides statutory authority for existing practice, and would appear useful in terms of enforcement of orders to witnesses.

Section 110

This section, dealing with a witness refreshing his memory, goes far beyond the existing law which limits the witness to refreshing his memory from notes made contemporaneously with the events. This section would permit a witness to use notes or a statement made long after the events, and in our view this should not be allowed even with the qualification built into this section in which the court may require the party to establish that this will tend to refresh the memory of the witness rather than to lead him into a mistake or falsehood. We recommend that this section be deleted, or re-drafted.

Section 112

Section 111 permits such writing used to refresh the memory of a witness to be admitted in support of the witness's credibility. This is not in accordance with present law, and we see no reason why such notes should be taken to support the witness's credibility unless his evidence is challenged upon the ground of lapse of time and memory. In our view, this section should be deleted or re-drafted.

Section 113

This section would allow the transcript of the witness's testimony taken in previous proceedings to be admitted if the witness can no longer recall the matter. We do not regard this radical change in existing law as being desirable or even having utility in civil litigation. This is one of those sections which appears to have been designed to facilitate criminal prosecution, where a Crown witness claims loss of memory at trial with respect to matters on which he testified at the preliminary hearing. Section 113 is referenced later in this Brief under Section 47 relating to admissability of hearsay evidence. We recommend that Section 113 be deleted.

Section 120

This section permits the previous statement of a witness to be used as evidence of its truth, if it was made under oath and the witness was subject to cross-examination even if in a different proceeding involving different parties. In our view, only the

evidence of the witness given at trial should be admitted for the purpose of proving the facts as stated, and we do not understand what circumstances would justify the admissibility of his testimony on a previous occasion for that purpose. We recommend that this section be deleted.

Section 139

We recommend that section 139 be redrafted. This section as presently drafted would require a party to produce a business record for inspection, notwithstanding the fact he may not have possession or control of the record, but may simply have the record under subpoena.

Section 153

Section 153, dealing with the admissibility of business records, permits such records to be used to prove statements of opinion contained therein. This is not in accordance with existing law, and in our opinion it would be dangerous to permit business records to be used in this way, particularly as business records have been interpreted as to include such records as hospital records which often contain expressions of opinion by persons of widely varying qualifications. The statutory provision with respect to the introduction of business records was initially intended to prove routine matters, and should not now be expanded to cover such controversial matters as opinions. We recommend that this section be re-drafted.

Section 160

This section is in our opinion unnecessary and should be deleted. It would give the trier of fact, whether judge or jury, the right to draw personal inferences from objects or scenes, on such occasions as inspections and views. The common law rule against this position was in our opinion well founded, to prevent uncontrolled personal inferences, unstated in the record and not subject to cross-examination or argument.

Detailed Consideration of Sections on Hearsay - Sections 45 to 79

Sections 45 to 79 deal with the treatment of hearsay evidence in civil proceedings. The Task Force has candidly stated (page 155) that its bias is to extend

the range of hearsay evidence that can be heard by a Court. This bias is clearly at the expense of the type of reliability envisaged by the common law exclusionary rules. One should bear in mind in reading these sections that, generally speaking, no notice provisions with respect to the intention of a party to adduce hearsay evidence is required. Neither is there any provision allowing for the admissibility of contemporaneous statements made by a declarant which might qualify or explain hearsay evidence admissible under the provisions of this Act. In our opinion these omissions further flaw the attempt of the Task Force to deal with hearsay evidence.

Section 45

While generally the Task Force sought to preserve the common law rules of evidence not otherwise dealt with under the Act this is not the case with regard to hearsay evidence. Section 45(1) provides that subject to this or any other Act hearsay evidence is not admissible. Section 45(3) however, provides that a judge may create an exception to admissible hearsay under this Act "if the criteria for the exception sufficiently guarantee the trustworthiness of the statement". In our view this creates the anomaly of allowing the judge to amend a statute and authorizes the development of a new body of law from a fresh starting point. While Section 45(4) provides that the issue of whether criteria for an exception referred to in Section 45(3) sufficiently guarantee the trustworthiness of a statement shall be deemed to be a question of law and subject to appeal, in our view this section also permits a dangerously ad hoc approach in that the section does not specifically restrict exceptions to those of general applicability.

Sections 46 to 48

These sections deal with the admissibility of hearsay evidence notwithstanding the availability of the Declarant. Section 46 renders admissible a previous statement by a declarant who is called as a witness that he made an eyewitness identification of a particular person on a previous occasion. Presumably this evidence would be tendered where the declarant either suffers from a poor memory or gives different evidence during the proceeding. In our opinion, the present law of evidence with respect to refreshing the memory of a witness or with respect to hostile witnesses is sufficient to deal with this type of situation. This section would allow a party to impeach its own witness without having to establish that the witness was hostile.

Section 47 deals with the admissibility of records in previous statements. If a record is admitted as "past recollection recorded" under Section 113 of the Act then the record is admitted for all purposes including the truth of its contents. This section enlarges the scope of Ares v. Venner since it permits admissibility of all records as past recollection recorded without having regard to the particular circumstances under which they were made. Our concern is that not all past recollections recorded during the course of one's occupation will meet the test of trustworthiness set out by the Supreme Court of Canada in Ares v. Venner since this amendment reduces the need to prove circumstances leading to the conclusion of trustworthiness. Statements will be admissible under Section 47 if they meet the qualification for records based on "past recollection recorded" under Section 113. Section 113(b) makes admissible a statement given under oath and subject to cross-examination in a previous proceeding notwithstanding that the parties are not the same or that the issues were not substantially the same in both instances. In our opinion no cogent justification is set forth in the report for this extension of the common law and it is our opinion that it would be dangerous to allow a statement to be read into evidence in a trial between A and B which was given at a trial between C and D and perhaps with regard to issues substantially different than the issues between A and B.

Section 48 purports to enlarge the common law admissibility rules with respect to prior inconsistent statements. Generally speaking, the present law allows those statements into evidence only to impeach a witness's credibility. Section 48 would allow such a statement to be put to a witness "for all purposes" if it was made under oath and if the witness was subject to cross-examination. In our view there is a sound basis for the common law restriction which should be preserved.

Sections 49 to 62

These sections deal with admissibility of hearsay evidence where the declarant or his testimony is unavailable.

Section 49 defines the circumstances in which a declarant or his testimony shall be considered to be unavailable. One of the circumstances where the Declarant is "unfit to testify by reason of his physical or mental condition". There is no caveat that the mental condition rendering him unfit to testify should not have been in place at the

time the alleged declaration was made. Astoundingly, Section 49(b) allows for the admissibility of a statement by a Declarant who not only cannot be found but cannot otherwise be even identified. The risk of collusion or fabrication of evidence arising under this section is apparent. This section reflects the Task Force's view set out at page 129 of its Report:

"The need for evidence should take precedence over the application of existing exceptions which, at least in theory, addressed reliability."

Section 49(c) also allows a Declarant to be declared unavailable where that person refuses to take on oath or even refuses to testify. It is the opinion of the Committee that this once again represents an invitation for collusion and fabrication and provides a mechanism for avoiding the sanction of perjury which has previously existed. For example, a witness could make a declaration in collaboration with a party to litigation and then refuse to testify on the matter (thus protecting himself from perjury charges) and upon his refusal the evidence could be put in through a third party.

Section 49(d) allows a Declarant to be declared "unavailable" where he is "absent from the hearing" and the importance of the issue of the added reliability of his testimony does not justify the expense or inconvenience of his attendance. It is often very difficult to predict either at the outset of a trial or indeed during a trial the ultimate importance of the evidence of any given witness and this section requires such a decision to be made in advance.

Section 50 permits hearsay to be admitted into evidence in order to prove the truth of the matter asserted if the witness is "unavailable". Such a rule fundamentally attacks the precepts under which civil litigation has been carried on in Canada. More remarkably, there is very little rationalization or support for this rule contained in the Task Force report.

Section 56 imposes two conditions upon the admissibility to hearsay evidence. Section 56(a) allows only "first hand" hearsay into evidence, as if that provided any substantial safeguard of its veracity. Section 56(b) would prohibit hearsay evidence where the unavailability of the Declarant "was brought about by the proponent of the statement for the purpose of preventing the Declarant from attending or testifying". There is no procedure specified for making this determination.

Sections 57 to 62

These sections deal with the admissibility of hearsay evidence where the availability of the Declarant or his testimony is said to be immaterial.

The apparent rationale for the inclusion of the exceptions to the hearsay rule set out in Sections 57 to 62 is that all such evidence arises out of circumstances which offer some general guarantee of their reliability.

Section 61(1) expands the common law hearsay rules by admitting statements made by an agent or employee of the party "during the existence and concerning a matter within the scope of the agency or employment", even where the making of the statement was not authorized nor within the scope of the duties of the employee or agent. The admission of such out of Court statements against a party to prove the truth of the matter asserted appears to be unfair and unjust having regard to the sometimes adversarial nature of many employer/employee relationships. In the opinion of the Committee no convincing argument was made in the Task Force Report for the inclusion of this section.

Section 62 lists a series of types of statement which are admissible to prove the truth of the matter asserted, and would appear to codify existing common law rules in most cases. In our view it would be better to leave such exceptions to the hearsay rule to the common law, for the general reasons previously stated.

Section 73

This section deals with the credibility of a declarant. It purports to allow a party against whom hearsay is admitted in evidence to call that declarant for cross-examination "with the leave of the Court". No standard is set down as to what test is to be applied by the presiding judge and again this section will be unworkable without much judicial interpretation through litigation. This section is not much help with respect to how one is supposed to challenge the hearsay statement of the declarant who is unidentified or unavailable and therefore not subject to cross-examination.

Sections 74 to 79

These sections deal with evidence obtained in previous Court proceedings. We note that in Section 77 sets out different standards of admissibility in civil proceedings generally and in libel and slander actions with respect to convictions or findings of adultery. In civil proceedings generally, evidence of the finding of conviction or the finding of adultery is admissible for the purpose of proving that the offence or allegation was committed by the person whether or not he was a party to the civil proceeding. While this section does not deal with the weight to be attached to the finding, we view this section as being potentially unfair to a party to litigation. Section 80(2) provides that in an action for libel or slander where the commission of an offence or adultery is relevant to a fact in issue then proof that a person was found guilty or convicted of the offence or found to have committed adultery is conclusive proof that he committed the offence or adultery. In our opinion there is no clear basis for this distinction. Consideration should also be given to whether this distinction impinges on provincial jurisdiction, as its subject matter is similar to matters now dealt with in provincial statutes on libel and slander.

General Comments on Sections Dealing With Hearsay

We are seriously concerned that the proposed provisions, which drastically alter the common law rules governing admissibility of hearsay evidence, will lead to substantial injustice. The common law rules, which have stood the test of time and are generally well regarded by the Bench and Bar, were founded on the important principle that hearsay evidence is inherently unreliable and untrustworthy and should be excluded, with narrow exceptions.

This basic principle did not arise solely from fear of fraud, collusion and fabrication, although such fear is certainly well founded and an important consideration. It is the inherent unreliability of hearsay evidence which provides an equally strong ground for its exclusion.

Hearsay evidence is inherently unreliable because the Court and counsel are deprived of the opportunity to test the reliability of such evidence by means of cross-examination and observation of the demeanor of the witness, particularly under cross-

examination. All counsel have experienced frequently the circumstances in which the evidence given by a witness in court does not accord with previous statements given by that witness. Prior statements of witnesses are, in general experience, notoriously inaccurate, no doubt due in large part to the natural bias of the person recording or hearing the statement, which leads to inaccuracy and undue selectivity in recording or recollection, but also due to human error. It is our considered opinion that the serious risk of injustice implicit in the admission of hearsay evidence far outweighs the injustice may occasionally arise from the inability to adduce the first-hand evidence of the witness in Court.

We therefore strongly recommend that the proposed provisions relating to the admission of hearsay evidence be carefully reconsidered, and that before adoption of these or similar provisions are contemplated, the proposals be published to the Bench and Bar to elicit considered and informed comment from experienced judges and counsel.

Conclusions

It is our respectful opinion that the proposed Uniform Evidence Act requires substantial revision in the following areas:

1. Deletion of sections which merely purport to codify existing common law where no change is intended and no clarification required.
2. Re-drafting of a number of sections for reasons outlined above.
3. Reconsideration of a number of sections intended to alter existing law, in particular the sections dealing with admission of hearsay evidence which in our view have serious potential for widespread injustice.

We recommend that the proposed Act, revised as aforesaid, in the form of a working document, be published to the members of the Bench and Bar throughout Canada, in order to obtain the benefit of the considered views of experienced judges and trial counsel.

APPENDICE «54-B»

le 8 avril 1983

M. Paul Belisle
Greffier
Comité sénatorial permanent
des affaires juridiques et
constitutionnelles
140, rue Wellington
Pièce 622
OTTAWA (Ontario)
K1A 0A4

Objet: Projet de loi S-33
Loi uniforme sur la preuve

Monsieur,

J'ai l'honneur de vous transmettre sous ce pli le mémoire de l'Advocates' Society sur le projet de loi S-33, Loi fédérale de 1982 sur la preuve, qui se rapporte aux procédures civiles.

Ledit mémoire a été adopté à l'unanimité par les directeurs lors de la réunion du 7 avril de l'Advocates' Society.

Je vous confirme que M. John P. Nelligan, c.r. présentera notre mémoire au Comité, le 28 avril à 9 heures.

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments dévoués.

J.D. Holding, président

Comité de la Loi uniforme
sur la preuve.

JDH/eh

incl.

PAR LETTRE

MÉMOIRE PRÉSENTÉ PAR

L' ADVOCATES' SOCIETY

au Comité sénatorial permanent
des Affaires juridiques et constitutionnelles

au sujet
du projet de loi S-33, Loi fédérale 1982 sur la preuve
portant sur les procédures civiles
le 11 avril 1983

THE ADVOCATES' SOCIETY

MEMBRES DU BUREAU

Président	K.E. Howie, c.r.
Premier Vice-président	J.P. Nelligan, c.r.
Second Vice-président	Bert Raphael, c.r.
Troisième Vice-président	G.W. Hately, c.r.
Trésorier	J.H. Holding, c.r.
Secrétaire	T.J. O'Sullivan

DIRECTEURS

M.G. Appel	T.J. Lockwood, c.r.
B.D. Brown, c.r.	J.A.B. Macdonald, c.r.
H.J. Daniel, c.r.	C.M. MacIntyre, c.r.
D.H. Dixon	W.H.P. Madorin, c.r.
D.G. Duke, c.r.	L.R. Morin, c.r.
H.H. Elliott, c.r.	F.R. Moskoff, c.r.
E.E. Frank	J.P. Nelligan, c.r.
B.L. Gluckstein, c.r.	T.J. O'Sullivan
E.L. Breenspac, c.r.	Bert Raphael, c.r.
B.A. Grosman, c.r.	Moishe Reiter, c.r.
G.W. Hately, c.r.	D.H. Rogers, c.r.
J.D. Holding, c.r.	C.F. Scott
K.E. Howie, c.r.	J.C. Simmons
W.A. Jenkins, c.r.	G.A. Simpson, c.r.
C.A. Keith, c.r.	M.E. Sullivan, c.r.
S.E. Lang	S.M. Tick, c.r.
J.I. Laskin	C.R. Thomson, c.r.
R.B. Lawson, c.r.	R.D. Yachetti, c.r.

ANCIENS PRÉSIDENTS

J.J. Robinette, c.r.	Juge R.F. Reid
Juge R.S. Montgomery	Juge P. deC. Cory
W.B. Williston, c.r.	Juge W.D. Griffiths
C.F. McKeon, c.r.	Arthur Maloney, c.r.
P.B.C. Pepper, c.r.	H.G. Chappell, c.r.
W.S. Wigle, c.r.	Juge J.J. Fitzpatrick
E.A. Cherniak, c.r.	Juge J.W. O'Brien
T.H. Rachlin, c.r.	

THE ADVOCATES' SOCIETY

Comité de la loi uniforme sur la preuveMÉMOIREIntroduction

L'Advocates' Society est une association de spécialistes de la plaidoirie qui exercent leur profession dans la province d'Ontario.

Vers le milieu de 1982, la Société a indirectement pris connaissance du rapport rédigé par le groupe de travail fédéral-provincial sur un Projet de loi uniforme sur la preuve, adopté par la suite par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit. Les directeurs de la Société ont formé un Comité pour étudier ce rapport.

Le présent mémoire ne concerne que la matière civile du Projet de loi S-33.

Le présent mémoire a été appuyé par les directeurs de la société à leur réunion du 7 avril 1983 et il en ont approuvé la présentation au Comité sénatorial permanent.

Remarques générales

Historiquement, les règles de la preuve ont été élaborées dans les limites de la common law; elles ont évolué au cours des derniers siècles et continuent d'être adaptées aux conditions et aux exigences des litiges d'aujourd'hui. De temps à autre, des dispositions statutaires n'ont porté, dans l'ensemble, que sur la réforme des règles régissant la common law nécessaires à l'administration de la justice ou sur l'adoption de nouveaux règlements pour répondre aux besoins modernes. Jamais, à notre connaissance, il n'y a eu au Canada ou en Angleterre une tentative de codification des règles régissant la common law.

A notre avis, l'ancienne méthode a été efficace et nous a valu un système souple de règles sur la preuve qui s'est révélé adaptable à la plupart des conditions changeantes et aux nouvelles situations de faits. Les actuelles règles de la preuve dans la common law nous ont bien servis et, à l'exemple du juge Murray, voix dissidente du Groupe de travail, nous ne connaissons pas d'opinion, que ce soit de la part de la magistrature assise ou debout, qui soit en faveur d'une codification ou d'une réforme générale, en tout cas dans les litiges au civil.

Nous ne croyons pas opportun d'essayer de codifier les actuelles règles de la preuve dans la common law. D'abord, parce que les règles actuelles sont très bien comprises des juges et des avocats. Ensuite, parce qu'il est extrêmement difficile de réduire à quelques lignes, un ensemble de lois portant sur une ou plusieurs règles, expressément destinées à "mettre en capsule" le mandat du pouvoir judiciaire ce qui, de ce fait, comporte le risque grave de modifier accidentellement la loi actuelle par suite de la codification des règles. Troisièmement, dans la mesure où les règles actuelles sont codifiées, les tribunaux se voient offrir, au sujet de la loi sur la preuve, un nouveau point de départ qui servira de base à un nouveau mandat judiciaire, avec tout le cortège de litiges et d'incertitudes découlant de ce processus.

Nous avons cru comprendre que le groupe de travail a, de fait, concédé qu'une codification générale des règles de la preuve n'est guère souhaitable. Le document du ministère de la Justice publié en novembre 1982 déclare:

"Le nouveau projet de loi sur la preuve au Canada ne sera pas un code. On a jugé que, dans certains domaines de la loi sur la preuve, il était préférable de ne pas légiférer mais de laisser plutôt la loi prendre corps, grâce aux décisions des tribunaux".

Nous admettons volontiers que le projet de loi ne constitue pas un code, car il est clair que nombre de domaines importants de la Loi sur la preuve en sont totalement exclus. Nous ignorons toutefois, les raisons qui motivent le choix ou l'exclusion de certains domaines ou de certaines règles, aux fins de codification. A notre avis, une codification fragmentaire n'est pas indiquée et, une fois qu'il a été reconnu qu'une codification générale n'est ni nécessaire ni souhaitable, le processus législatif devrait se limiter à une réforme utile des règles actuelles, à une clarification des règles qui ont suscité des difficultés d'interprétation et à l'élaboration de nouvelles règles jugées indispensables et qui ne figurent pas déjà dans la common law.

Les craintes que nous éprouvons à l'égard d'une codification non nécessaire se justifie par l'étude poussée d'un bon nombre des règles codifiées du projet de loi. Dans chaque tentative de codification, nous constatons que les articles qui en résultent se résument à des exposés extrêmement simplifiés et incomplets de la loi actuelle, lesquels passent outre aux exceptions et aux réserves importantes et bien connues.

Bien que nous soyons conscients que le Groupe de travail n'avait nullement l'intention de faire remplacer, par la nouvelle loi, des dispositions de la common law actuelle, sauf là où il en est fait expressément mention, la loi n'en dit rien, et, de toute manière, les juges et les avocats ignoreront jusqu'à quel point les articles, qui sont sensés codifier la loi actuelle, énumèrent intégralement certaines règles qui se substituent à la loi existante.

Certains articles du projet de loi introduisent de nouvelles méthodes pour la constitution de la preuve et l'établissement des faits; ils seront très utiles en pratique, et ils représentent, dans certains cas, des modifications aux règles de pratique qui sont présentement à l'étude en Ontario.

Mais dans le domaine de la réforme du droit, nous nous inquiétons beaucoup des changements radicaux qu'on se propose d'apporter à la règle du oui-dire. A notre avis, les conséquences pratiques de ces modifications n'ont pas été suffisamment étudiées, surtout par les membres de la magistrature assise ou debout qui ont acquis une expérience pratique dans l'application des règles de l'évidence au cours des plaidoyers. Sans entrer dans une critique personnelle des membres du Groupe de travail, il nous faut pourtant noter l'absence de tout praticien au civil et de remarquer que seuls les praticiens du côté de la Couronne sont représentés au criminel. Il nous est apparu clairement, en outre, qu'un bon nombre des articles proposés, bien que s'appliquant également aux domaines criminel et civil, semblent avoir été conçus pour remédier à des difficultés qui se présenteraient dans les poursuites au criminel et ne conviennent nullement aux causes civiles.

C'est à dessein que nous nous sommes gardés d'exprimer en termes déguisés nos sévères critiques à l'endroit d'un bon nombre de dispositions du projet de loi S-33. Nous reconnaissons toutefois qu'un certain nombre d'articles, au sujet desquels nous n'avons fait aucun commentaire, représentent de précieuses déclarations et clarifications de la loi actuelle et de la common law et nous en félicitons le Groupe de travail.

Etude détaillée de certains articles

Article 2

La définition de "déclaration" est extrêmement large; elle pourrait s'appliquer à un hochement de tête ou à un haussement d'épaules et, parfois même, à un simple silence. A l'égard de la recevabilité proposée des déclarations sur oui-dire, cette définition semble trop large et pourrait nous valoir des difficultés qu'il nous est actuellement difficile de prévoir. Il serait préférable, à notre avis, de conserver la définition juridique de ce mot.

Article 5

Nous avons éprouvé quelques difficultés pour concevoir l'ampleur du champ d'application de cet article. En outre, la latitude accordée au tribunal de ne pas appliquer la loi dans certaines procédures est dépourvue de toute justification et pourrait en l'absence de toute ligne directrice donner lieu à des décisions injustes. Nous recommandons que cet article soit rédigé à nouveau en vue de définir avec une plus grande précision les procédures qu'il vise et de fournir certains principes directeurs quant à la manière d'user de cette latitude.

Articles 8 et 9

Ces articles ont pour but de permettre la codification de la loi actuelle se rapportant à la charge de la preuve dans les procédures au civil. Ils sont, croyons-nous, tout à fait superflus pour les raisons que nous avons exposées plus haut. De plus, le caractère simpliste et incomplet de ces articles montre bien les risques inhérents à toute tentative de codification de la loi existante. L'article 9, qui traite de la preuve légale en matière civile, méconnaît la législation en vigueur concernant les cas ainsi que le principe des présomptions de fait (*res ipsa loquitur*) et les divers degrés de charge dans les causes civiles comportant des éléments de défense imputant à crime, comme dans les cas d'incendie volontaire et d'abus de confiance. Nous recommandons que ces articles soient supprimés.

Articles 18 à 20

Les articles 18 à 20 traitent de l'admission d'office. A l'article 19 on cherche à préciser dans quels cas cette admission est autorisée. Cet article n'est, à notre avis, ni nécessaire ni souhaitable dans la mesure où il vise à réduire la substance de tout un ensemble de loi à quelques lignes seulement. Il devrait donc être supprimé. Nous sommes d'accord avec l'intention qui inspire l'article 20. Le paragraphe 21(1) cependant devrait être supprimé puisqu'il semble accorder au juge le droit de modifier sa décision, à un moment futur quelconque s'il estime que cette décision était fondée sur une erreur factuelle, nonobstant le fait qu'aux termes de l'article 20 les parties ont

eu l'occasion de se faire entendre sur la question avant que ne soit rendue une décision d'admission d'office. Compte tenu de l'article 20, ce paragraphe ne nous paraît donc pas nécessaire, les recours devant relever de la procédure d'appel.

Les paragraphes 22(1) et (2)

Le paragraphe 22(1) porte sur la recevabilité des preuves pertinentes et l'irrecevabilité des preuves non pertinentes. A notre avis, ce paragraphe est totalement inutile et devrait être supprimé. Le paragraphe 22(2) où il est question de la recevabilité d'une preuve préjudiciable de peu de poids, est également inutile, puisque le common law accorde déjà au tribunal un pouvoir discrétionnaire qu'il serait dangereux de vouloir délimiter en quelques lignes. Le libellé actuel donne en effet à penser que ce genre de preuve pourrait être refusé à trois conditions seulement, alors qu'à notre avis il est douteux qu'il doive en être ainsi. Selon nous, si le fait de recevoir une preuve est gravement préjudiciable et si cette preuve n'a qu'une force probante négligeable par rapport au principal le tribunal a et devrait continuer à avoir le pouvoir discrétionnaire de l'écarter, même si sa recevabilité ne tient pas uniquement à une subtilité. Nous recommandons donc la suppression de ces deux paragraphes.

Article 34

En vertu de l'article 34, une personne qui témoigne autrement qu'à titre d'expert peut donner son avis sur des faits dont elle a eu directement connaissance; ce genre d'avis est recevable à la seule condition qu'il aide le témoin à faire une déposition correcte ou le juge des faits à décider le point contesté. Cet article semble accorder au tribunal le pouvoir discrétionnaire illimité de recevoir de tels avis. Il faudrait, selon nous, le supprimer et continuer d'appliquer en ce domaine la common law qui ne cesse d'évoluer de façon satisfaisante et souple, comme en témoigne encore une décision toute récente de la Cour suprême du Canada.

Article 35

En vertu de l'article 35, n'importe quel témoin semble pouvoir être considéré comme un expert pour comparer des écritures. Une chose est de permettre à un témoin d'identifier une écriture qui lui est familière, comme cela se fait

maintenant, mais c'en est une toute autre de permettre à un témoin, qui n'est pas un expert, de comparer deux écritures qu'il ne connaît peut-être pas plus l'une que l'autre et de trancher la question de savoir si elles proviennent ou non de la même personne, ce qui serait permis aux termes de l'article 35. Nous recommandons que cet article soit supprimé.

Article 36

L'article 36 permettrait à un expert, dans certaines circonstances qui sont précisées, de donner son avis sur un point relevant de l'appréciation finale du juge des faits. Nous ne voyons rien qui nécessite l'adoption de telles dispositions, puisque les juges et avocats se sont jusqu'à maintenant fort bien débrouillés avec la règle en vigueur qui exclut la présentation de tels avis. Selon nous, il serait peu souhaitable et même préjudiciable de permettre à un expert de donner un avis sur un point relevant de l'appréciation finale du juge, et portant par exemple sur la question de savoir si le défendeur ou le plaignant a été négligent ou si la qualité des marchandises est conforme aux conditions implicites de la Loi sur la vente des marchandises, surtout s'il s'agit d'une cause défendue devant le jury. Nous recommandons la suppression de l'article 36.

Article 100

A notre avis, l'article 100 énonce une évidence et est entièrement inutile puisque son contenu est très adéquatement pris en charge par la common law. Il devrait donc, selon nous, être supprimé.

Article 101

L'article 101, à notre avis, constitue un autre exemple de dispositions qui modifient inutilement mais non intentionnellement les lois existantes. De permettre à un tribunal de poser à un témoin "toute question qu'il juge utile" serait lui donner carte blanche et permettre la production de preuves non pertinentes et irrecevables. Il vaudrait mieux, nous semble-t-il, laisser au juge qui prononcera le jugement, le soin d'exercer son pouvoir discrétionnaire, ce pouvoir étant dans chaque cas sujet à un appel. Nous recommandons donc que cet article soit supprimé.

Article 102

En vertu de l'article 102 il est absolument interdit à un tribunal de citer un témoin en matière civile. Nous convenons qu'il soit effectivement très rare qu'un tribunal puisse faire état de circonstances l'autorisant à citer un témoin, et il se peut même que de telles circonstances n'existent jamais. Mais comme il n'est pas impossible que ces circonstances se trouvent un jour réunies d'une manière actuellement imprévisible, nous ne voyons pas pourquoi il serait nécessaire d'imposer une interdiction légale absolue à ce sujet.

Article 103

L'article 103 qui traite des questions tendancieuses est à notre avis entièrement inutile, puisque la procédure en vigueur est très bien comprise et que son application ne pose aucun problème. D'autant plus que l'alinéa b) donne au tribunal un pouvoir discrétionnaire illimité de permettre le contre-interrogatoire de son propre témoin, ce qui risque de donner lieu à des abus. Nous recommandons que cet article soit supprimé.

Article 104

Le paragraphe 104(1) qui se rapporte au contre-interrogatoire nous paraît également inutile. N'insistons pas sur le fait qu'il ne reproduit même pas fidèlement la loi en vigueur, puisqu'il ne permet pas le contre-interrogatoire sur des questions auxiliaires. En vertu de cet alinéa, une partie ayant les mêmes intérêts que la partie citant le témoin peut contre-interroger ce dernier, ce qui, suivant la pratique actuelle, ne serait normalement pas inclus dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. Nous touchons encore ici du doigt les problèmes que soulève toute tentative de fixer des règles claires et précises. Le paragraphe 103(3) étendrait à toute preuve contradictoire la règle actuelle relative à des déclarations antérieures incohérentes. Ce serait une règle très difficile à appliquer et à observer dans la pratique. Elle exigerait que l'avocat demande à un témoin de répéter en contre-interrogatoire tout ce qu'il a dit à l'interrogatoire principal au sujet duquel l'avocat avait l'intention de demander une déposition contradictoire. Nous croyons que chaque fois qu'un avantage injuste est acquis, le tribunal a le pouvoir de remédier

à la situation en permettant de répondre aux témoignages ou en autorisant le rappel du témoin. Nous ne comprenons pas ce qu'on entend dans le paragraphe 104(4) par l'expression "peut prendre toute autre mesure convenable prévue par la loi". Nous recommandons que l'article 104 soit retranché.

Article 105

Nous sommes d'accord avec cet article qui devrait être lu en regard de l'article 115 et de la définition de témoin opposé, donnée à l'article 1. A notre avis, ces articles précisent le droit actuel et constituent d'utiles additions à la loi.

Article 106

Cet article aura pour effet d'accorder à un avocat le droit de procéder à un nouvel interrogatoire beaucoup plus étendu qu'il n'est permis dans la pratique actuelle, et ouvrirait la porte à des abus car il permettrait à un avocat non seulement de procéder à un nouvel interrogatoire concernant tous faits nouveaux soulevés en contre-interrogatoire mais également "d'expliquer ou de clarifier une réponse que le témoin a donné en contre-interrogatoire ou une contradiction entre une réponse qu'il a donnée en contre-interrogatoire et une réponse qu'il a donnée lors de l'interrogatoire principal". A notre avis, un avocat ne devrait pas être autorisé à réhabiliter son témoin de façon illimitée et nous recommandons que l'article soit reformulé ou retranché.

Article 107

Cet article couvre des questions traitées dans les règles de pratique de l'Ontario et ne pose aucune difficulté.

Article 109

Cet article légitime la pratique actuelle et semblerait utile pour appliquer les ordonnances servies aux témoins.

Article 110

Cet article qui traite du rappel d'un fait va beaucoup plus loin que la loi actuelle qui limite cette possibilité à la présentation au témoin de notes

prises au moment où se sont déroulés les événements. Cet article permettrait à un témoin d'utiliser des notes ou une déclaration de loin postérieurs aux événements et, à notre avis cette latitude ne devrait pas être accordée, même si l'article précise bien que le tribunal peut requérir de cette partie qu'elle établisse que l'aide-mémoire est de nature à favoriser le rappel auprès du témoin et non pas à l'induire en erreur. Nous recommandons que cet article soit retranché ou reformulé.

Article 112

L'article 111 permet que l'aide-mémoire soit reçu en preuve pour étayer la crédibilité du témoin. Ceci n'est pas conforme à la loi actuelle, et nous ne voyons nullement pourquoi ces notes devraient servir pour prouver la crédibilité du témoin à moins que son témoignage ne soit contesté en raison du temps qui s'est écoulé et de l'absence de mémoire. A notre avis, cet article devrait être retranché ou reformulé.

Article 113

Cet article autorise que le document relatant le témoignage antérieurement rendu par le témoin soit recevable si le témoin ne peut plus se rappeler les faits. Nous ne croyons pas que ce changement radical apporté à la loi actuelle soit souhaitable ni même qu'il ait une quelconque utilité dans une poursuite civile. Il s'agit là d'une de ces sections qui semblent avoir été conçues pour faciliter les poursuites pénales, où un témoin de la Couronne prétend au procès avoir oublié certains faits au sujet desquels il a témoigné à l'audience préliminaire. L'article 113 est mentionné plus loin dans le mémoire sous la rubrique de l'article 47 qui concerne la recevabilité de la déposition sur la foi d'autrui. Nous recommandons que l'article 113 soit retranché.

Article 120

Cet article permet qu'une déclaration antérieure d'un témoin soit utilisée comme preuve de sa crédibilité, si elle a été faite sous serment et que le témoin était susceptible d'être contre-interrogé même au cours d'un procès différent mettant en cause des parties différentes. A notre avis, seul le témoignage donné par

le témoin au cours du procès devrait être recevable pour prouver les faits exposés, et nous ne comprenons pas quelles circonstances justifieraient la recevabilité du témoignage qu'il aurait donné auparavant à cette fin. Nous recommandons que cet article soit retranché.

Article 139

Nous recommandons que l'article 139 soit reformulé. Cet article, sous sa forme actuelle, exigerait qu'une partie produise un document public pour fins d'inspection, même s'il peut ne pas avoir la possession ou le contrôle de ce document, et ne pourrait obtenir ce document que moyennant une citation à comparaître sous peine d'amende.

Article 153

L'article 153, qui traite de la recevabilité des documents publics, permet que ces documents soient utilisés pour prouver certains avis qu'ils pourraient contenir. Ceci n'est pas conforme à la loi actuelle et, à notre avis, il serait dangereux de permettre que les documents publics soient utilisés de cette façon, d'autant plus qu'entrent dans cette catégorie de documents des documents comme les dossiers hospitaliers qui contiennent souvent les avis de personnes aux compétences très variées. La disposition statutaire touchant la production de documents publics a été initialement conçue pour démontrer les affaires courantes et ne devrait pas maintenant être étendue aux questions aussi controversées que des avis. Nous recommandons que cet article soit reformulé.

Article 160

Cet article nous semble inutile et devrait être retranché. Il donnerait au juge de fait, que ce soit le juge ou le jury, le droit de porter des jugements personnels sur des objets ou des scènes, au cours d'inspections ou de descentes sur les lieux effectuées par le jury ou le jugé. La règle de la common law qui s'oppose à cette situation était à notre avis bien fondée, et permettait d'empêcher des jugements personnels incontrôlés, non exposés dans le document et non sujets à une contre-interrogation ou à une controverse.

Etude détaillée des articles relatifs au oui-dire -- articles 45 à 79

Les articles 45 à 79 traitent de la preuve du oui-dire dans les poursuites civiles. Le groupe d'étude a franchement déclaré (page 155) qu'il avait cherché à étendre la portée de la preuve du oui-dire qui peut être entendue par un tribunal. Cette prévention fait nettement fi du type de fiabilité voulu par les règles d'irrecevabilité prévues par la common law. En lisant ces articles, il faut se rappeler que de façon générale aucune disposition d'avis relativement à l'intention d'une partie de produire une preuve de oui-dire n'est requise. On n'y retrouve non plus aucune disposition permettant la recevabilité de déclarations faites à la même époque par un déclarant, qui pourraient justifier ou expliquer la recevabilité de la preuve de oui-dire aux termes des dispositions de cette loi. A notre avis, ces omissions entachent encore davantage la tentative du groupe d'étude de traiter de la preuve du oui-dire.

Article 45

Alors que généralement le groupe d'étude évait cherché à conserver les règles de la common law relatives à la preuve qui n'étaient pas traitées dans la loi, il en a été autrement pour la preuve du oui-dire. Le paragraphe 45(1) prévoit que sous réserve des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi, le oui-dire est irrecevable. Toutefois, le paragraphe 45(3) stipule qu'un juge peut créer une dérogation à la règle de recevabilité du oui-dire prévue par cette loi "si cette dérogation est fondée sur des critères permettant d'établir qu'une déclaration est digne de foi". Nous estimons que cette disposition crée une anomalie en ce sens que le juge peut amender une loi et autoriser la création d'un nouvel ensemble de lois à partir de données toutes nouvelles. Même si le paragraphe 45(4) prévoit que cette question est censée être une question de droit susceptible d'appel, à notre avis cet article ouvre également la voie à une approche dangereusement circonstancielle car il ne restreint pas spécifiquement les dérogations à celles qui ont une applicabilité générale.

Articles 46 à 48

Ces articles traitent de la recevabilité de la preuve du oui-dire quelle que soit la disponibilité du déclarant. L'article 46 rend recevable une déclaration

antérieure faite par un déclarant qui est appelé pour attester qu'il a fait une identification à titre de témoin oculaire d'une certaine personne à une occasion précédente. On peut présumer que cette preuve serait utilisée lorsque le déclarant a une mauvaise mémoire ou donne un témoignage différent au cours du procès. A notre avis, la loi de la preuve actuelle, qui traite déjà du rappel d'événements à un témoin ou des témoins hostiles, est suffisante pour englober ce type de situation. Cet article permettrait à une partie de récuser son propre témoin sans devoir démontrer que le témoin était hostile.

L'article 47 traite de la recevabilité de documents dont il a été question dans des déclarations antérieures. Si on admet un document "relatant des faits dont un témoin a eu préalablement connaissance" en application de l'article 113, alors ce document est recevable à toutes fins, y compris en ce qui concerne la vérité de son contenu. Cet article élargit donc la portée de Ares c. Venner, puisqu'il autorise à recevoir tous les documents relatant des faits dont un témoin a eu préalablement connaissance, sans égard aux circonstances particulières ayant présidé à leur constitution. Ce qui nous inquiète c'est que les documents relatant des faits connus dans l'exercice de sa profession ne seront pas tous conformes à l'exigence de fiabilité énoncée par la Cour suprême du Canada dans Ares c. Venner, puisqu'en vertu de cette modification il est moins nécessaire de prouver les circonstances permettant de conclure à leur fiabilité. Seront donc recevables en vertu de l'article 47, les déclarations qui satisfont aux conditions relatives aux documents fondées sur les dispositions de l'article 113 concernant la relation de "faits dont un témoin a eu préalablement connaissance". L'alinéa 113 b) considère comme recevable une déclaration faite antérieurement sous serment et pouvant faire l'objet d'un contre-interrogatoire, nonobstant le fait que les parties ne sont pas les mêmes et que les questions en cause ne sont pas essentiellement identiques. Le rapport n'avance aucune justification convaincante, à notre avis, concernant cet élargissement du common law et il serait, nous semble-t-il, dangereux que dans un procès entre A et B on puisse citer en preuve une déclaration faite dans un procès ayant opposé C et D et qui se rapporte à des problèmes substantiellement différents de ceux qui opposent A et B.

L'article 48 vise à élargir les règles de recevabilité du common law en ce qui concerne les déclarations antérieures. En règle générale, la loi en vigueur ne permet de recevoir ces déclarations en preuve que pour récuser la crédibilité d'un témoin. En vertu de l'article 48 un témoin pourrait être confronté à une telle déclaration "à toutes fins", si elle a été faite sous serment et si les témoins pouvaient être contre-interrogés. La restriction du common law en ce domaine est à notre avis valablement fondée et elle devrait donc être maintenue.

Article 49 à 62

Les articles 49 à 62 traitent de la recevabilité de la preuve par ouï-dire en cas d'absence de déclarant ou de son témoignage.

L'article 49 énonce les circonstances dans lesquelles une personne ou son témoignage sont jugés faire défaut. Une de ces circonstances vise le cas de la personne "incapable de témoigner en raison de son état physique ou mental". Il n'est nullement exigé que l'état mental qui la rend incapable de témoigner doit ne pas avoir existé au moment où la déclaration en cause a été faite. Il est ahurissant de constater que l'alinéa 49(1)b) permet de recevoir la déclaration d'une personne qui non seulement ne peut être retrouvée mais ne peut être autrement identifiée. Il est clair que les dispositions de cet article pourraient donner lieu à des cas de collusion ou de fabrication de preuve. Cet article traduit bien les vues du Groupe de travail à la page 129 de son rapport:

"Le besoin de trouver des preuves devrait l'emporter sur l'application des exceptions prévues qui, au moins en théorie, se rapportaient à la fiabilité".

L'alinéa 49(1)c) permet aussi à une personne d'être déclarée introuvable lorsqu'elle refuse de prêter serment ou de témoigner. Selon l'avis du comité cette disposition est une nouvelle invitation à la collusion ou à la fabrication, et offre un moyen pour contourner la sanction de parjure qui existait antérieurement. Un témoin pourrait par exemple faire une déclaration de concert

avec une des parties au litige et refuser par la suite de témoigner à ce sujet (se protégeant ainsi de l'accusation éventuelle de parjure); devant ce refus la preuve pourrait être fournie par un tiers parti.

L'alinéa 49(1)d) permettait qu'une personne soit déclarée "introuvable" lorsqu'elle est "absente de l'audition" et que l'importance du point contesté ou le supplément de preuve qu'apporterait son témoignage ne justifient pas qu'on se mette en frais ou qu'on entreprenne des démarches pour s'assurer de sa présence. Mais, à l'ouverture d'un procès ou même pendant celui-ci, il est très souvent difficile de prédire l'importance ultime des preuves fournies par l'un quelconque des témoins. Or cet article exigerait qu'on en décide à l'avance.

L'article 50 permet de recevoir l'ouï-dire en preuve pour prouver la véracité d'une déclaration lorsque le témoin "est introuvable". Pareille règle est diamétralement opposée aux préceptes qui ont toujours régi les poursuites civiles au Canada. Il est encore plus remarquable de constater que le rapport du Groupe de travail ne fournit pratiquement aucune justification ou raison pour adopter cette règle.

L'article 56 soumet la recevabilité de la preuve par ouï-dire à deux conditions: a) seule est recevable en preuve la déclaration d'un témoin qui en a eu lui-même directement connaissance, comme si cette connaissance de première main offrait une garantie quelconque sur sa véracité; b) une déclaration par ouï-dire ne serait pas recevable en preuve lorsque la non-disponibilité de la personne a été "provoquée... par son auteur dans le but de l'empêcher de comparaître ou de témoigner". Or il n'existe aucune procédure permettant de trancher pareille question.

Articles 57 à 62

Ces articles portent sur la recevabilité d'une preuve provenant d'un témoignage par ouï-dire en cas de non pertinence de la disponibilité de l'auteur de la déclaration.

Les exceptions à la règle du ouï-dire exposées aux articles 57 à 62 semblent se justifier du fait que toute preuve de ce genre découle de circonstances qui offrent quelque garantie générale de leur crédit.

Le paragraphe 61(1) étend le champ des règles de la common law sur le ouï-dire, aux déclarations du mandataire ou de l'employé d'une partie "pendant qu'il exerce ses fonctions et portant sur des faits qui relèvent de celles-ci", même si les déclarations n'étaient pas autorisées ou qu'elles ne portaient pas sur des faits en rapport avec ses fonctions. Il semble injuste de retenir contre la partie de telles déclarations prononcées hors cour, pour démontrer la véracité de l'assertion, parce que les relations entre employeurs et employés sont parfois bien tendues. Le Comité estime que rien dans le rapport du Groupe du travail ne justifie l'insertion de cet article.

L'article 62 énumère quelques genres de déclarations qui sont recevables comme preuve de la véracité de l'assertion, et qu'il semble, dans la plupart des cas, codifier les règles actuelles de la common law. Nous croyons, pour les raisons que nous avons déjà données, qu'il serait préférable de conserver ces exceptions dans la règle de ouï-dire de la common law.

Article 73

Cet article traite de la crédibilité de l'auteur de la déclaration. Elle autorise la partie contre laquelle un ouï-dire est reçu en preuve, à citer l'auteur comme témoin et, "avec l'autorisation du tribunal", à l'interroger. Aucune norme n'est prescrite à l'intention du juge et ici encore, cet article ne pourra pas être respecté sans susciter beaucoup de litiges quant à son interprétation. Il ne nous éclaire pas beaucoup non plus sur le contre-interrogatoire de l'auteur d'une déclaration sur ouï-dire qui est non-identifiée ou non disponible et, partant, ne peut pas être contre-interrogé.

Article 74 à 79

Ces articles portent sur les déclarations obtenues dans les décisions judiciaires antérieures. Nous remarquons que l'article 77 établit diverses normes

de recevabilité, en matière civile en général et dans les procédures de diffamations, concernant la condamnation ou la preuve de l'adultère. Dans les procédures en matière civile en général, la preuve qu'une personne a été reconnue coupable ou condamnée pour adultère est recevable aux fins de prouver que l'infraction ou l'allégation a été commise par la personne, qu'elle soit ou non partie à l'instance. Bien que l'article ne précise pas l'importance que l'on doit attacher à cette preuve, nous considérons qu'il peut être préjudiciable à la partie en litige. Le paragraphe 77(2) porte que, dans une procédure civile pour diffamation où la commission d'un adultère est reliée à un point contesté, la preuve qu'une personne a été reconnue coupable ou condamnée relativement à cette infraction ou qu'elle a été reconnue avoir commis un adultère, fait preuve de la perpétration de l'infraction ou de la Commission de l'adultère. A notre avis, cette distinction n'est nullement justifiée. Il faudrait se demander en outre si cette distinction empiète sur la juridiction provinciale, qui a maintenant compétence en la matière par ses lois sur la diffamation.

Remarques générales sur les articles portant sur le oui-dire

Nous nous inquiétons sérieusement de ce que les dispositions proposées qui modifient si radicalement les règles de la common law sur la recevabilité des déclarations fondées sur le oui-dire, pourraient entraîner de graves injustices. Les règles de la common law, qui ont subi avec succès l'épreuve du temps et sont généralement bien considérées par les juges et les avocats, s'inspiraient de l'important principe que les déclarations sur oui-dire ne sont pas intrinsèquement fiables et dignes de foi et devraient donc être exclues, à quelques rares exceptions près.

Ce principe fondamental ne s'est pas dégagé seulement sous l'action de la crainte ou de la fraude, de la complicité et de l'intention, bien que la peur soit indiscutablement un élément bien fondé et digne de considération. C'est l'inhérente incertitude liée au témoignage par oui-dire qui justifie à ce point son exclusion.

Le témoignage selon oui-dire est si peu digne de foi en soi, parce que le tribunal et les avocats se trouvent dans l'impossibilité d'en éprouver la solidité en contre-interrogeant le témoin ou en épiant ses réactions, surtout lors du contre-interrogatoire.

Les avocats ont tous connu des témoins dont la déposition devant le tribunal tranche avec des déclarations qu'ils ont faites précédemment. L'inexactitude de ces dépositions antérieures s'explique sans doute, pour une bonne part, par les erreurs, bien humaines, commises par la personne qui enregistre ou entend la déposition, et exerce une sélection induite des faits. Après mûre réflexion, nous en sommes venus à la conclusion que le risque d'injustice lié à la recevabilité des témoignages sur oui-dire l'emporte de loin sur celui qui pourrait résulter, occasionnellement, de l'incapacité d'invoquer, au cour, les premières déclarations du témoin.

Nous recommandons donc instamment que les dispositions, proposées en vue de la recevabilité des témoignages par oui-dire, fassent l'objet d'une étude attentive et qu'avant de les adopter, ou d'adopter des dispositions semblables, on les transmette au juge et au barreau pour obtenir leurs commentaires éclairés.

Conclusions

Nous recommandons donc respectueusement que le projet de loi uniforme sur la preuve soit révisé en profondeur quant aux aspects suivants:

1. Suppression des articles qui ne visent qu'à codifier la common law actuelle, lorsque aucune modification n'est censée être apportée et aucune clarification n'est nécessaire.
2. Nouvelle rédaction d'un certain nombre d'articles pour les raisons mentionnées plus haut.
3. Réexamen des articles qui visent à modifier la loi actuelle, en particulier ceux qui portent sur la recevabilité des témoignages par oui-dire qui, à notre avis, risquent de répandre l'injustice.

Nous recommandons que le projet de loi, révisé comme nous venons de le dire et présenté sous forme de document de travail, soit transmis aux membres du barreau et à la magistrature du Canada pour tirer parti de leurs commentaires éclairés.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESS—TÉMOIN

From the Advocates' Society—Civil Litigation:

Mr. John P. Nelligan, Q.C.

De la Advocates' Society—Civil Litigation:

M. John P. Nelligan, c.r.

224
32



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Président:
L'honorable JOAN NEIMAN

Tuesday, May 10, 1983

Le mardi 10 mai 1983

Issue No. 55

Fascicule n° 55

Seventh proceedings on:

Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Septième fascicule concernant:

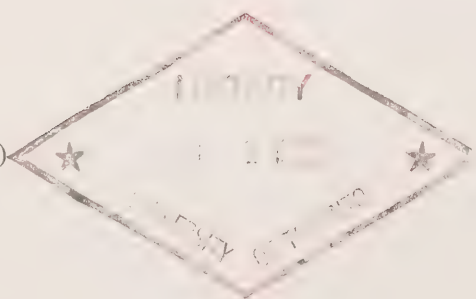
Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la Loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»

WITNESSES:

(See back cover)

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—

Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—

Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

TUESDAY, MAY 10, 1983
(78)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:13 p.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Deschatelets, Donahoe, Flynn, Frith, Leblanc, Nurgitz and Robichaud. (9)

In attendance: Mrs. Monique Hébert, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

*Witnesses:**From the Canadian Bankers' Association:*

Mr. Robert MacIntosh, President;

Mr. Donald R. Brown, Q.C., Chairman, Legal Affairs Committee;

Mr. Bradley Crawford, Legal counsel to the Association;

Mr. Glenn Higginbotham, Chairman, Task Force on Evidence.

The Committee considered Bill S-33 intitled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

Mr. Crawford made a statement and, with the other witnesses, answered questions.

On motion of Senator Asselin, it was agreed,—That the brief presented by the Canadian Bankers' Association be printed as an appendix to this day's Proceedings of the Committee. (*See Appendix "55-A"*).

At 5:32 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAL

LE MARDI 10 MAI 1983
(78)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 h 13 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (président).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Deschatelets, Donahoe, Flynn, Frith, Leblanc, Nurgitz et Robichaud. (9)

Aussi présent: M^{me} Monique Hébert, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

*Témoins:**De l'Association des banquiers canadiens:*

M. Robert MacIntosh, président;

M. Donald R. Brown, c.r., président, Comité des affaires juridiques;

M. Bradley Crawford, avocat-conseil de l'Association;

M. Glenn Higginbotham, président, Groupe d'étude sur la preuve.

Le Comité étudie le projet de loi S-33 intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

M. Crawford fait une déclaration et, avec les autres témoins, répond aux questions.

Sur la motion du sénateur Asselin, il est convenu que le mémoire présenté par l'Association des banquiers canadiens soit imprimé en annexe aux délibérations de ce jour du Comité. (*Voir Appendice «55-A»*).

A 17 h 32, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

Le greffier du Comité

Paul Belisle

Clerk of the Committee

EVIDENCE

Ottawa, Tuesday, May 10, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 4.00 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (*Chairman*) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, before we hear from our witnesses, I should like to make a couple of business announcements. Tomorrow afternoon at 4 o'clock we will meet to consider Bill S-35 which is a private bill. That meeting should not take more than half an hour. On Thursday we are meeting at 11.15 a.m. to deal with Bill S-32. The Solicitor General will be back before us at that time, and I think it will be an important meeting. I hope that we will be able to start considering our report next Tuesday at 4 o'clock. Then on Thursday of next week at 11.15 we will have before us members of the Criminal Lawyers Association to deal with Bill S-33.

We have with us today representatives from the Canadian Bankers' Association. On my right is Mr. Robert MacIntosh, president of the association. I am going to ask him to introduce the other members of his association who are here with him today.

Mr. Robert MacIntosh, President, Canadian Bankers' Association: Thank you, Madam Chairman. Honourable senators, I should like to thank you first for the privilege of appearing in front of this committee to express our views on the Canada Evidence Act. I have with me a group of lawyers representing our association and the individual banks. On my immediate right is Mr. Bradley Crawford of the firm of McCarthy & McCarthy in Toronto who is counsel to the Canadian Bankers' Association. On his right is Mr. Donald R. Brown, Q.C. who is general counsel of the Bank of Nova Scotia and chairman of our CBA Legal Affairs Committee.

Sitting behind us against the wall are: Mr. Dereck Jones, Senior Legal Advisor of the Bank of Montreal; Mr. Glenn Higginbotham, Assistant Vice-President and Counsel of the Mercantile Bank of Canada; Mr. David Phillips, Legal Adviser of the Canadian Bankers' Association; and Mr. Dan J. Sullivan, Public Affairs Adviser of the Canadian Bankers' Association. All six of these persons are lawyers and I am an economist so that makes it a balanced delegation.

Senator Leblanc: Does the Canadian Bankers' Association represent all banks, including the foreign banks that are operating in our country?

Mr. MacIntosh: Yes, senator.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mardi 10 mai 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles auquel a été renvoyé le projet de loi S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, se réunit aujourd'hui à 16 heures pour étudier le projet de loi.

Le sénateur Joan Neiman (*président*) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, je vois que nous avons atteint le quorum. Avant d'entendre nos témoins, je désirerais faire deux annonces en ce qui concerne nos travaux. Demain après-midi à 16 heures, nous nous réunirons pour étudier le projet de loi S-35 qui est un projet de loi privé. Cette séance ne devrait pas durer plus d'une demi-heure. Jeudi nous devons nous réunir à 11 h 15 pour étudier le projet de loi S-32 et le Solliciteur général va comparaître alors à nouveau devant nous et je pense que ce sera une séance importante. J'espère que nous pourrons commencer à étudier notre rapport mardi prochain à 16 heures. Puis jeudi, la semaine prochaine, à 11 h 15, nous entendrons les membres de la Criminal Lawyers Association relativement au projet de loi S-33.

Nous avons aujourd'hui avec nous des représentants de l'Association des banquiers canadiens. À ma droite se trouve M. Robert MacIntosh, président de l'Association. Je vais lui demander de présenter les autres membres de l'Association qui se trouvent aujourd'hui ici avec lui.

M. Robert MacIntosh, président, l'Association des banquiers canadiens: Merci, madame le président. Honorables sénateurs, je voudrais tout d'abord vous remercier du privilège que nous avons de comparaître devant votre Comité pour exprimer notre point de vue au sujet de la Loi sur la preuve au Canada. J'ai avec moi un groupe d'avocats qui représentent notre association et diverses banques. Immédiatement à ma droite, se trouve M. Bradley Crawford, de la Société McCarthy & McCarthy de Toronto, qui est avocat-conseil de l'Association des banquiers canadiens. À sa droite se trouve M. Donald R. Brown, c.r. qui est expert-conseil général de la Banque de Nouvelle-Écosse et président de notre Comité des affaires juridiques.

Assis derrière nous, contre le mur, se trouvent M. Dereck Jones, conseiller juridique principal de la Banque de Montréal, M. Glenn Higginbotham, vice-président adjoint et expert-conseil de la Mercantile Bank of Canada, M. David Phillips, conseiller juridique de l'Association des banquiers canadiens, et M. Dan J. Sullivan, conseiller aux affaires publiques de l'Association des banquiers canadiens. Tous les six sont avocats et je suis économiste de sorte que la délégation est bien équilibrée.

Le sénateur Leblanc: L'Association des banquiers canadiens représente-t-elle toutes les banques, y compris les banques étrangères qui exercent leurs activités dans notre pays?

M. MacIntosh: Oui, sénateur.

[Text]

Madam Chairman, I should like to ask Mr. Bradley Crawford to summarize the brief which we have submitted to you.

Mr. Bradley Crawford, Legal Counsel, Canadian Bankers' Association: Honourable senators, the point that our brief addresses is quite a technical one, lying within a very small compass. It is quite easily circumscribed but it is a matter of considerable importance to banks and to all corporations and businesses in Canada. The points in issue concern the admissibility into evidence before courts in this country of business records, and, more pointedly, the records of financial institutions. If you reflect on it, the records of financial institutions are involved in a great number of litigations, in fact many in which the financial institution itself has no interest. It is merely an issue between two private persons—whether, for example, a payment has been made or whether a bank account existed. The law that we will be looking at in our brief concerns on what facts the court must be satisfied before records of financial institutions may be admitted to prove facts in litigation.

I think the tone of our brief is more in sorrow than in anger. We raise a number of questions concerning the provisions of Bill S-33 because we consider that a rare opportunity to clarify the law may be lost if this bill is passed in its present form. It would be easy to overstate, and I do not want to exaggerate the level of the concerns, but, in our view, the bill might have settled some questions that remain outstanding at present in the law, and it did not. The bill would be better if it simply did not raise new questions that have not been settled. To a certain extent, you cannot avoid the latter if you are to legislate. That is the basic message of our brief.

The issue comes down to the question of foundation evidence. So long as there were paper records used by businesses, there was very little difficulty with producing the paper records in court and having any explanation that might be necessary given by the bookkeeper or the person whose responsibility it was to create and maintain the record.

However, there was one difficulty that was spotted at a very early stage, and that was, if the records of financial institutions were always in court and if the keepers of those financial institutions' records were always in court giving evidence, then it would be very disruptive of the normal affairs of those businesses. In the late Victorian period, 1879, a statute was passed in England entitled, "The Bankers' Books Evidence Act." That permitted copies of extracts to be taken of bankers' books and to be admitted into evidence to prove the state of the record in the bank's accounts.

The condition for admissibility of those records was the attaching of an affidavit that was signed by the bank manager, an accountant, or someone whose position in the bank qualified him to make a statement concerning the record. In our brief we have set out the kinds of fact that that person was required to state—that the book or record was, at the time of making the record, one of the ordinary books of the business; that the entry was made in the usual and ordinary course of

[Traduction]

Madame le président, je voudrais demander à M. Bradley Crawford de résumer le mémoire que nous vous avons présenté.

M. Bradley Crawford, conseiller juridique de l'Association des banquiers canadiens: Honorables sénateurs, la question abordée dans notre mémoire est très technique et se situe dans des limites très restreintes. Il est très facile de la circonscrire, mais elle n'en a pas moins une importance considérable pour les banques et toutes les sociétés et entreprises du Canada. La question dont il s'agit concerne la recevabilité en preuve devant les tribunaux du pays des documents professionnels et plus précisément de ceux des institutions financières. Si vous y réfléchissez, vous vous apercevrez que les documents des institutions financières sont produits dans un grand nombre de litiges qui n'intéressent pas pour la plupart l'institution elle-même. Il s'agit simplement d'une question qui n'intéresse que deux particuliers et l'on veut savoir si un paiement a été effectué ou si un compte en banque existait. La loi que nous examinerons dans notre mémoire concerne les faits que le tribunal doit vérifier avant que les documents professionnels des institutions financières puissent être admis pour prouver les faits en litige.

Je pense que le ton de notre mémoire est plus affligé qu'irrité. Nous avons soulevé un certain nombre de questions concernant les dispositions du projet de loi S-33 parce que nous considérons que l'on risque de perdre une rare occasion de préciser la loi si le projet était adopté sous sa forme actuelle. Il serait facile d'exagérer, et je ne veux pas le faire en ce qui concerne le degré de nos préoccupations. Nous sommes toutefois d'avis que le projet de loi aurait pu régler certaines questions qui demeurent en suspens dans la loi actuelle et qu'il ne l'a pas fait. Il serait préférable qu'il ne soulève pas de nouvelles questions qui n'ont pas été réglées. Dans une certaine mesure, il n'est pas possible de les éviter si l'on doit légiférer. C'est là le message fondamental de notre mémoire.

La question se ramène à celle de la preuve préalable. Tant que les entreprises se servaient de documents professionnels sur papier, il était très facile de les produire au tribunal et de se faire donner toutes les explications nécessaires par le comptable ou par la personne chargée de les établir et de les tenir à jour.

Il y avait toutefois une difficulté qui a été décelée très tôt, à savoir que si les documents des établissements financiers se trouvaient continuellement devant les tribunaux et que les responsables devaient également comparaître souvent ce serait très néfaste pour les affaires normales de ces entreprises. En 1879, à la fin de la période victorienne, il a été adopté en Angleterre la loi intitulée «The Bankers' Books Evidence Act» qui permettait de faire des copies d'extraits des livres de banquiers et de les admettre comme preuves pour établir les écritures des comptes d'une banque.

La condition de recevabilité de ces documents se limitait à joindre une attestation sous serment signée par le directeur de la banque, un comptable ou un responsable qualifié pour faire une déclaration au sujet du document. Dans notre mémoire, nous avons exposé les faits que le responsable était tenu de préciser—que le livre ou le document était, au moment de l'enregistrement, l'un des livres ordinaires de l'entreprise, que l'inscription avait été faite selon les principes commerciaux

[Text]

the business; that the book or record was still in the possession of the business; and that the copy was a true copy of the facts disclosed on the record.

These points in the affidavit are obviously addressed to the concern that the law must have for the findings of fact and that the person's rights not be jeopardized by courts acting on incorrect facts. The balance was struck that the financial records of financial institutions could be proven in court by an extract with the affidavit.

Of course, the banking business has changed, and the problem we are now addressing has come about as a result of new methods of record-keeping, particularly computers and microfilming of banking records. Banks process enormous numbers of transactions involving enormous volumes of paper and are increasingly making use of computers and microfilm to record their activities.

The law represented by that Victorian statute which I mentioned found its way into the statute books of Canada as section 29 of the Canada Evidence Act. The history of that section in litigation shows that it worked remarkably well for quite a long time so long as the records that it was dealing with were on paper.

The first indication of any sort of difficulty came with the decision of the Ontario Court of Appeal in *Regina v. McMullen* which raised the question of whether section 29 was adequate to the task of maintaining this delicate balance between the facility of putting facts before the court and the security of the fact-finding process for the protection of the individual. The Ontario Court of Appeal reasoned that it was and concluded that there was only one other safeguard that they had to infer. It was a judicial construction—reading between the lines of the statute—and they deduced that it was necessary for some further evidence to be given of the reliability of the computer.

On page 4 of our brief we quote from the judgment of the Ontario Court of Appeal in the matter. Mr. Justice Morden, for the Ontario Court of Appeal, is quoted as saying that, before computer business records can go in as proof, it is necessary that there be sufficient foundation evidence, satisfactory foundation evidence. You will see what he means by "foundation evidence." It is, as he states:

The nature and quality of the evidence put before the court has to reflect the facts of the complete record keeping process—in the case of computer records, the procedures and processes relating to the input of entries, storage of information, and its retrieval and presentation . . . If such evidence be beyond the ken of the manager, accountant or the officer responsible for the records . . . then a failure to comply with section 29(2) must result and the print-out evidence would be inadmissible.

That is a remarkable statement because, if the print-out is inadmissible, then not only is the bank in jeopardy, not being able to establish the facts that it alleges in its relation with its customers, but each of us, if involved in a dispute with another

[Traduction]

ordinaires, que le livre ou le document était toujours en la possession de l'entreprise et que la copie était une copie conforme des faits divulgués dans le document.

Ces dispositions de l'attestation étaient manifestement basées sur le fait que la loi doit établir les faits et que les droits d'un individu ne doivent pas être menacés par des décisions de tribunaux basées sur des faits inexacts. Il a donc été décidé qu'un extrait accompagné d'une attestation sous serment pouvait servir de preuve dans les tribunaux relativement aux documents financiers des établissements financiers.

Bien entendu, les activités bancaires ont évolué, et le problème que nous abordons maintenant résulte des nouvelles méthodes de tenue des dossiers et plus particulièrement des ordinateurs et des microfilms de documents bancaires. Les banques se chargent d'un très grand nombre de transactions qui impliquent des quantités énormes de papier et elles utilisent de plus en plus les ordinateurs et les microfilms pour enregistrer leurs activités.

La loi représentée par cette loi victorienne dont j'ai fait mention s'est glissée dans les statuts du Canada par le biais de l'article 29 de la Loi fédérale sur la preuve. Les antécédents de cet article en matière de litige démontrent qu'il a bien fonctionné bien pendant une très longue période tant que les documents étaient constitués par des papiers.

La première difficulté a surgi avec la décision de la cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Régina contre McMullen* qui soulevait la question de savoir si l'article 29 était adéquat pour maintenir cet équilibre fragile entre la soumission des faits au tribunal et la sécurité de la méthode de détermination des faits pour la protection des particuliers. La cour d'appel de l'Ontario a décidé que c'était le cas et a conclu qu'elle ne devait fournir qu'une autre garantie. Il s'agissait d'une construction juridique—en lisant entre les lignes de la loi—et elle a décidé qu'il était nécessaire de fournir une preuve supplémentaire de la fiabilité de l'ordinateur.

A la page 4 de notre mémoire, nous citons le jugement de la cour d'appel de l'Ontario relativement à cette affaire. Le juge Morden, de la cour d'appel de l'Ontario, déclare qu'avant que les documents commerciaux informatisés puissent être utilisés comme preuves, il est nécessaire qu'il y ait une preuve préalable suffisante et satisfaisante. Vous verrez ce qu'il veut dire par «preuve préalable». Il déclare:

La nature et la qualité de la preuve soumise au tribunal doivent refléter tous faits inhérents à la garde des documents professionnels—dans le cas de documents informatisés, les procédures et le processus relatifs au contenu, à l'emmagasiner des données, à leur retrait et à leur présentation . . . Si une telle preuve ne peut pas être donnée par le directeur, le comptable, ou l'officier responsable des documents . . . alors il est clair qu'on ne peut satisfaire aux dispositions de l'article 29 (2) et la preuve du document informatisé sera irrecevable.»

Cette déclaration est remarquable parce que si l'imprimé d'ordinateur n'est pas recevable, non seulement la banque se trouve en mauvaise posture étant donné qu'elle n'est pas en mesure d'établir les faits qu'elle avance dans ses relations avec

[Text]

involving a question of whether a payment was made or received, would be equally handicapped.

The litigation has not clarified or gone beyond this point to any substantial or material degree. There was another occasion on which the Ontario Court of Appeal considered the issue, and merely determined that the usefulness of section 29 of the Canada Evidence Act to introduce computer-based evidence was not impaired by the fact that the computer memory might be erased upon the production of a print-out.

As the law now stands, under the Canada Evidence Act, these print-outs may be used to show facts of banks' dealings with any particular customer. Whether the computer still retains in its memory the details of that transaction, the print-out is available as an archive or a record of that, and it may be put into evidence provided that there is a sufficient foundation of evidence concerning the reliability of the computer system.

The words used by the Court of Appeal to describe what it wanted as foundation evidence are not terribly precise. They raised a number of concerns that we have and, on looking at Bill S-33, we find that those concerns are not answered.

Senator Frith: What is the citation of the Court of Appeal?

Mr. Crawford: It is quoted on page 4 of our brief, senator. The case is *Regina v. McMullen*, and the citation is at the bottom of page 3. The quotation that is particularly pertinent is on page 4.

In the present state of the law, all that is clear is that the court wants foundation evidence. It is not clear what constitutes foundation evidence. We had hoped that Bill S-33 would be particular on this issue and legislate the requirements of foundation evidence as other statutes passed for a similar purpose in other jurisdictions have recently done.

However, that is not the case. Clause 130 of the bill contains a definition of "original." This is on page 34 of the copy of the bill which I have before me. If you do not have a bill before you, the material portion is quoted at the top of page 6 of our brief. The definition of "original" reads:

(c) in relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output that reflects accurately the data or information or is the product of a system that does so;

will be accepted as an original. The significance of its being accepted as an original is that it then becomes like the old ledger. It becomes the record and it can be introduced into evidence.

Our concern is that, by using the phrase "that reflects accurately the information or data," there will be introduced the old concern of the Court of Appeal of Ontario that there be foundation evidence; that is, the court will require that it be satisfied that there is an accurate reflection in a printout of the

[Traduction]

ses clients mais, chacun de nous se trouverait également mal pris en cas de litige avec un tiers quant à savoir si un paiement a été effectué ou reçu.

Le règlement du litige n'a pas vraiment éclairci cette question. La Cour d'appel de l'Ontario a examiné la question en une autre occasion et elle a simplement déterminé que l'utilité de l'article 29 de la Loi fédérale sur la preuve visant à l'instruction d'une preuve basée sur des documents informatisés n'était pas compromise par le fait que la mémoire de l'ordinateur pouvait être effacée après production d'un imprimé.

Actuellement, en vertu de la Loi sur la preuve, ces imprimés peuvent être utilisés pour prouver les transactions d'une banque avec un client donné. Si l'ordinateur garde en mémoire les détails de cette transaction, l'imprimé est disponible sous forme d'archives ou de documents et peut être soumis comme preuve si on possède une preuve préalable suffisante en ce qui concerne la fiabilité du système informatique.

Les termes utilisés par la Cour d'appel pour décrire ce qu'elle désirait en matière de preuve préalable ne sont pas très précis. Ils soulèvent un certain nombre de préoccupations que nous avons et, en examinant le projet de loi S-33, nous constatons que ces préoccupations restent sans réponse.

Le sénateur Frith: Quelle est cette citation de la Cour d'appel?

M. Crawford: Elle est rapportée en page 4 de notre mémoire, Monsieur le sénateur. Il s'agit de l'affaire *McMullen*, et la citation pertinente figure au bas de la page 3. La partie qui nous intéresse particulièrement se trouve en page 4.

En vertu de la loi actuelle, il est évident que la Cour exige la présentation de preuves préalables. Cependant, cette notion de preuve préalable demeure imprécise. Nous avions espéré que le Projet de loi S-33 apporterait des précisions sur ce point et qu'il prescrirait certains critères d'admissibilité, à l'exemple de certains textes de loi similaires récemment adoptés dans d'autres systèmes juridiques.

Ce n'est toutefois pas le cas. L'article 130 du projet de loi définit le terme «original». Cette définition figure en page 4 de mon exemplaire du projet de loi. Si vous n'en avez pas un exemplaire sous la main, l'essentiel de cette définition est citée au haut de la page 6 de notre mémoire. Un «original» se trouve donc défini comme suit:

c) relativement à des données informatisées, tout document intelligible provenant de l'appareil où elles sont emmagasinées et qui les reflète fidèlement ou qui est le produit d'un système qui donne le même résultat, sera admis comme un original. Cette disposition se fonde sur le fait qu'en étant admis comme original, le document tient alors lieu de l'ancien registre, et devient recevable comme preuve.

A notre avis, l'emploi de l'expression «qui reflète fidèlement (les données informatisées)» risque de poser un problème; cela nous ramène en effet à la question soulevée par la Cour d'appel de l'Ontario relativement à la recevabilité de la preuve préalable, c'est-à-dire que le tribunal demandera à être assuré

[Text]

data that were in the computer's memory. That raises two concerns for us. The first is that it seems to us to pose a danger to the security of the banks' internal processing systems. It also seems to us to raise a question of convenience and fairness in establishing this balance of accessibility of fact and safeguard of the individual's rights.

Taking first the threat to security, on pages 7 and following of our brief we refer to the types of inquiry that a court, seeking to satisfy itself of the reliability of the reflection of the printout, might undertake. Defence counsel might wish to know a great deal about how information concerning cheques is fed into the bank's computer, and a great deal about how those records are kept, created, maintained and dealt with. Some commentators have suggested that defence counsel, with no other hope for saving his client from a sojourn at Her Majesty's expense, might indulge in this kind of examination in the hope of finding something that was not properly explained by the bank officials, and might so create an aura of confusion in the hope of showing that the charge was not properly laid. That does not concern us. Our concern is that, if the banks are required over and over again to explain in great detail how their computer systems work, the amount of information that will be put into the hands of those who will look at the records or hear that evidence will pose a risk to the security of those systems. I think the banks are also concerned that the customers' interests are not well served by doing this, although perhaps the accused's interests are. It again becomes a question of balance.

Senator Frith: When you speak about the threat to security and about the possibility that each time you have to go before a court and establish your foundation evidence, I take it that this would be similar to qualifying an expert witness. In other words, it is not done only once. Take a psychiatrist, for example. You cannot say that because he was already qualified in a previous case he does not have to be qualified again; he must be qualified each time. Your concern, as regards foundation evidence, is that the details of the system will be repeatedly exposed.

I believe that about two years ago in the *New Yorker* magazine there was a series of articles on computer fraud in which it was explained how people had figured out ways to amass a tremendous amount of money simply by manipulating computers. Is that the sort of thing you are talking about? Is it your concern that you might be giving out expertise to the wrong kind of mind, perhaps? Is that the essence of what you mean by "security" when you are talking about security of the banks?

Mr. Crawford: It is twofold, if I understand it correctly, and I offer to the other gentlemen seated here the opportunity to contribute on this point.

[Traduction]

qu'il existe une représentation fidèle des données stockées, sous forme d'imprimé d'ordinateur. Cela nous pose un double problème. D'abord, cette disposition semble représenter un danger pour la sécurité des systèmes informatiques internes des institutions bancaires. Par ailleurs, elle pose un problème de convenance et d'équité puisqu'il faut trouver le juste équilibre entre la facilité d'accès à l'information et la sauvegarde des droits de la personne.

Prenons d'abord la question de la sécurité; en pages 7 et suivantes de notre mémoire, nous faisons allusion au type d'enquête qu'un tribunal pourrait entreprendre afin de vérifier l'authenticité des données fournies sur un imprimé d'ordinateur. Les avocats de la défense pourraient grandement s'intéresser à la façon dont l'information sur les chèques est entrée dans l'ordinateur de la banque et même sur la façon dont les registres sont tenus, créés, mis à jour et traités. Certains observateurs ont laissé entendre qu'un avocat de la défense qui ne disposerait d'aucun autre moyen pour éviter à son client de faire un petit séjour aux frais de Sa Majesté, pourrait se livrer à ce genre d'examen dans l'espoir de découvrir quelque détail que les représentants des banques auraient négligé d'expliquer, créant ainsi une atmosphère de confusion qui lui permettrait de démontrer l'innopportunité des accusations portées. Ce genre de situations ne nous préoccupe guère. Nous nous soucions plutôt du fait que, si les institutions bancaires sont sans cesse appelées à expliquer de façon très détaillée le fonctionnement de leurs systèmes informatiques, les renseignements qui seront ainsi divulgués aux personnes qui consulteront les registres ou qui entendront les preuves présentées risqueraient de compromettre la sécurité de ces systèmes. Je crois que les institutions bancaires s'inquiètent également du fait que, tout en avantageant l'accusé, ces dispositions ne servent pas vraiment l'intérêt de leurs clients. Il s'agit encore une fois d'une question d'équilibre.

Le sénateur Frith: Lorsque vous parlez du danger pour la sécurité et de la possibilité qu'il vous faille à chaque fois vous présenter devant un tribunal et exposer la preuve préalable, je suppose que cette question est en quelque sorte analogue à celle de l'admissibilité d'un expert-témoin. En d'autres termes, ces faits ne sont pas admis une fois pour toute. Prenons l'exemple d'un psychiatre. Son admissibilité lors d'une affaire antérieure ne lui confère pas ipso facto le droit de témoigner par la suite; il doit être réadmis à chaque fois. En ce qui a trait à la preuve préalable, vous vous préoccupez du fait que les détails du système seront constamment exposés.

Il y a environ deux ans, je crois, le magazine *New Yorker* publiait une série d'articles sur les délits informatiques, dans lesquels on expliquait comment certaines personnes étaient parvenues à ramasser des sommes considérables d'argent par simple manipulation des systèmes informatiques. Est-ce à ce genre de situation que vous faites allusion? Craignez-vous d'instruire, de cette façon, certains esprits malveillants? Est-ce là ce que vous entendez lorsque vous parlez de la «sécurité» des systèmes bancaires?

M. Crawford: Si je comprends bien la situation, il s'agit d'un double problème, et je voudrais permettre à mes collègues ici présents d'exprimer leur avis sur ce point.

[Text]

A great deal of effort and expense is put forth by the banks towards designing and operating these systems in such a way that no bank employee knows everything about them, because that would be a peril as well. Security can be built into computer systems in a great many ways and at varying degrees of expense, but one level of security is in keeping the other side ignorant of what you have. If we are forced to disclose this sort of thing under oath, we are concerned about the ensuing threat to security.

The second argument that the banks wish to place before honourable senators has to do with the convenience factor. Admittedly, this is not quite as altruistic or disinterested as the former argument, but it is very real. Those individuals in the banks who do understand how these systems work are extremely valuable employees. They are highly skilled, highly trained and are kept very busy operating these systems. Up until now, when dealing with paper records, the law has required that the manager of a branch, an accountant or some other local official provide an affidavit to the effect that "this is the book of the bank, we write things in it and this is where we go when we want to know the state of the account." Providing such evidence to the court involves a level of inconvenience that the banks would willingly undertake. However, if in litigation it becomes necessary to provide proper foundation evidence, and if it should be determined by a court in Canada, upon reading Bill S-33 once it is enacted, that foundation evidence must come from some very knowledgeable computer expert who can really explain to the court what is going on in that system, it may become a very serious inconvenience and disruption to the bank's business to have to provide over and over again, on each occasion, these people in order that they can be cross-examined for the purpose of the court's understanding the minutiae of the system.

We found that we could agree more readily with the recommendations of the Federal-Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence, which was the study document on which Bill S-33 was based, I believe. This task force, if honourable senators are not familiar with it, was composed of experts on the law of evidence who were retained specifically to study these problems and to make recommendations. The recommendation of that task force was that some specific criteria of foundation evidence should be provided in a new, modern evidence law. We have set out their suggestions on page 13 of our brief. They suggest, for example, that, when tendering a computer printout from a financial institution, it should merely be necessary that some local official provide proof that the data upon which the computer record is based is of a type regularly supplied to the computer during the regular activities of the organization; proof that the entries into the data base from which the record originates were made in the regular course of business; and proof that the program used in producing the record reliably and accurately processes the data in the data base. I would like to lay particular emphasis upon paragraph 3, No. 3, because the report goes on to

[Traduction]

Les banques consacrent beaucoup d'efforts et de fonds à la conception et à l'exploitation de ces systèmes pour faire en sorte qu'aucun de leurs employés ne puissent en connaître tous les rouages, ce qui pourrait également représenter un danger. La sécurité des systèmes informatiques peut être assurée de façons très diverses et moyennant des coûts variables; cependant, l'un des principes fondamentaux de sécurité consiste à maintenir les autres parties dans l'ignorance de vos activités. Si nous sommes tenus de divulguer ce genre d'information sous serment, nous mettons alors en péril la sécurité du système.

Le deuxième argument que les représentants des institutions bancaires désiraient exposer aux honorables sénateurs est plutôt d'ordre pratique. Évidemment, cet aspect de la question n'est pas aussi altruiste ni désintéressé que le premier, mais il n'en demeure pas moins réel. Les employés qui comprennent le fonctionnement de ces systèmes sont extrêmement précieux pour les institutions bancaires. Il s'agit de personnes diplômées et hautement compétentes, qui sont constamment affairées à faire fonctionner ces systèmes. Jusqu'à présent, en ce qui a trait aux registres sur support papier, la loi exigeait que le directeur d'une succursale, qu'un comptable ou qu'un autre représentant local produise une déclaration assermentée attestant qu'il s'agissait bien du registre de la banque, dans lequel les données étaient consignées et qui servait à indiquer l'état d'un compte. La présentation de telles preuves devant un tribunal ne suscitait que très peu d'inconvénients, et les banques s'y prêtaient de plein gré. Cependant, s'il devenait nécessaire, dans un cas de litige, d'établir la preuve préalable pertinente, un tribunal canadien pourrait, dans l'éventualité où le projet de loi S-33 serait accepté, exiger que cette preuve préalable soit présentée par un informaticien hautement compétent qui soit véritablement en mesure d'expliquer le fonctionnement du système; une telle situation risquerait de nuire grandement aux affaires bancaires, étant donné qu'il faudrait à chaque fois divulguer des informations essentielles, de sorte que le tribunal dispose des renseignements nécessaires pour procéder au contre-interrogatoire de ces spécialistes.

A notre avis, les recommandations du Groupe d'étude fédéral-provincial sur l'uniformisation des règlements de la preuve, qui aurait servi de base à l'élaboration du projet de loi S-33, seraient plus acceptable. Pour l'information des honorables sénateurs, ce groupe d'étude se composait de spécialistes du droit de la preuve qui avaient été choisis précisément en vue d'étudier ces problèmes et de formuler des recommandations. Le Groupe avait notamment recommandé que des critères précis de recevabilité de la preuve préalable soient établis sous forme d'une nouvelle loi moderne de la preuve. Nous avons reproduit ses recommandations en page 13 de notre mémoire. Elles concernent notamment la présentation d'un imprimé d'ordinateur provenant d'une institution financière, et recommandent qu'un représentant local présente (a) la preuve que les données à la base du document provenant de l'ordinateur répondent au type de données qui sont ordinairement introduites dans l'ordinateur dans le cours des activités ordinaires de l'organisation; b) la preuve que les éléments de la banque de données dont est tiré le document ont été introduits dans le cours ordinaire des affaires; et c) la preuve que programmation informatisée utilisée dans la production du document reflète

[Text]

emphasize that what they recommend there by way of proof that the program works properly is business-oriented evidence of the kind that a local executive could give, not technical evidence of how the computer works.

If I may, I will quote from their report, wherein it is said: This type of evidence normally would be given on the basis of business experience with the computer program over a period of time.

If that evidence were not available, however, then some technical expertise might be necessary.

In other words, to recreate as far as possible the conditions of admissibility of business records that we began with when they were paper, the local manager, the accountant, the person who deals with these records on a day-to-day, provides, by affidavit, a statement that to his knowledge the system was working properly. He will have had experience with the system over the past X number of years and it will be shown that no complaints were raised concerning its sufficiency.

The United Kingdom Civil Evidence Act of 1968 is quoted on this point on page 14 of our brief. It sets out a slightly different formulation of the types of points that foundation evidence should be required to cover. We find it a deficiency in Bill S-33 that even after the enactment of what was supposed to have been the statute that would place Canada's laws of evidence on a proper foundation for the 1980s and the future, we are probably going to be in the position of having to go back to the courts and determine what they will accept as evidence that accurately reflects the data in the computer. If we wind up back in the Ontario Court of Appeal we are going to be asked to produce computer experts, and we think that that is an incorrect basis on which the law should be placed.

Senator Deschatelets: You were not very happy with the McMullen decision. Would you tell me why an appeal has not been lodged before the Supreme Court?

Senator Asselin: They don't have the money for it.

Mr. Crawford: It was one of those cases that I referred to. The banks' records are in court a great deal more often than the banks are. It was a prosecution of Mr. McMullen for having passed a cheque that he had no expectation would be met when it was presented. The Crown stated the case for the court, and having got the answer, I suppose, that it wanted, ceased the process at that point. The bank, not being a party, had no status.

[Traduction]

fidèlement et de façon juste le contenu de la banque de données. Je voudrais particulièrement insister sur le troisième point, étant donné que le groupe d'étude propose, dans son rapport, d'admettre, comme preuve de la fiabilité du programme, une déclaration d'authenticité à la mesure des connaissances d'un représentant local, plutôt qu'un exposé technique sur le fonctionnement de l'ordinateur.

Dans son rapport, le Groupe de travail précise que ce genre de preuve devrait normalement être basé sur l'expérience pratique de la programmation de l'ordinateur sur une certaine période.

Toutefois, si une telle preuve n'était pas disponible, il y aurait lieu de s'en remettre aux compétences techniques.

En d'autres termes, afin de recréer dans la mesure du possible les critères de recevabilité relatifs aux anciens registres d'affaire produits sur support papier, le directeur local, le comptable ou la personne chargée de la mise à jour quotidienne des registres doit déclarer sous serment qu'au meilleur de ses connaissances, les données produites par le biais du système sont exactes. Son expérience du système s'échelonnant sur un certain nombre d'années lui permettra d'attester qu'aucune plainte n'a jamais été déposée en ce qui concerne son efficacité.

Toujours en rapport avec cette question, nous avons cité, en page 14 de notre mémoire, la Civil Evidence Act adoptée en 1968 au Royaume-Uni. Cette loi donne une formulation quelque peu différente des critères de recevabilité de la preuve préalable. A notre avis, le projet de loi S-33 comporte toujours une certaine lacune en ce sens que, même après l'adoption du texte de loi qui devait remettre le droit canadien de la preuve sur la bonne voie pour les années 1980 et l'avenir, il nous faudra vraisemblablement continuer à s'en remettre aux tribunaux pour décider des preuves qui seront recevables comme «réflétant fidèlement» les données informatiques. Si nous nous trouvons dans une affaire portée devant la Cour d'appel de l'Ontario, nous serons tenus de faire témoigner des spécialistes de l'informatique, ce qui, à notre avis, ne représente pas un fondement recommandable pour la nouvelle loi.

Le sénateur Deschatelets: Vous n'êtes pas très heureux de la décision prise dans l'affaire McMullen. Pourriez-vous me dire pourquoi cette décision n'a pas été portée en appel devant la Cour suprême?

Le sénateur Asselin: Pour une raison de moyens financiers.

M. Crawford: C'est un des exemples que j'avais invoqué. Les registres des banques se retrouvent beaucoup plus souvent devant les tribunaux que les institutions bancaires comme telles. Il s'agissait d'une poursuite intentée contre M. McMullen, pour avoir libellé un chèque qu'il savait sans fonds. L'avocat de la Couronne a exposé les faits au tribunal et après avoir reçu la réponse qu'il espérait, il a mis un terme au procès. La banque, n'étant pas une des parties à l'affaire, n'a pu intervenir.

[Text]

We really are here to talk to you about this quite small but, I think, very important point. Our brief addresses, just in closing, a couple of issues dealing with microfilm evidence, and the question of what is the original and what is a copy. Again, I do not want to distract attention from the main issue here, but again, we find the kind of situation disturbing where, for example, a bank receives a cheque from a customer for the purposes of collecting it, presenting it to the bank on which it is drawn, getting the funds and putting them in the customer's account. The bank will microfilm that instrument. Frequently, modern cheque collection systems use computers to remove the information by various devices and pass it over electronic lines or through the exchange of magnetic tapes to other banks for the purpose of passing the information along, while leaving the cheque more or less where it was when it was introduced into the banking system.

On looking at the bill, we find it very difficult to be certain whether the information in its new form is a new original, or whether it is a duplicate, or whether it is a copy. If you are familiar with the clauses of the bill on this point, you will see that there are three terms that it uses to describe information in recorded form: duplicate, copy, and original. A different treatment is prescribed for information, depending on whether it is a duplicate, a copy or an original. The problems are compounded if the cheque is destroyed, so that we find that on these two issues there is a failure here on the part of the bill to achieve what we hoped for, which is a clarification of some of the questions that remain open and uncertain in our present law of evidence.

Senator Donahoe: Are you telling us that it is the practice in the banks to destroy the original cheque?

Mr. Crawford: Well, after a time.

Senator Donahoe: After what time?

Mr. Crawford: That would vary from province to province and bank to bank, senator. The Bank Act authorizes banks to destroy records after 10 years. In the Province of Quebec the civil law of evidence does not require the presentation of documents beyond five years. It is six years in most of the other provinces.

Senator Leblanc: But still, do you not retain records in Quebec for 10 years, anyway?

Mr. Crawford: Under the Bank Act, I think it is a matter on which the bank is able to exercise its discretion. The bank can only be challenged on the basis of documents that are 10 years old or less; so that that is an absolute outside period of retention.

Senator Leblanc: Is it not a fact that our Bank Act has a priority over the provincial acts?

Mr. Crawford: No. It is explicit, senator, that the Bank Act does not have priority over the limitation acts or the prescrip-

[Traduction]

En fait, nous sommes ici pour vous entretenir d'un détail assez minime, encore que très important. Nous avons conclu notre mémoire en exposant quelques points liés à la preuve sur microfilm, et en posant la question à savoir ce qui constitue l'original et ce qui est une copie. Encore une fois, je ne voudrais pas m'éloigner de la question principale, mais ce genre de situation nous préoccupe quelque peu. Prenons l'exemple d'une banque qui reçoit un chèque présenté par un client désireux l'encaisser, et qui s'adresse à la banque d'où proviennent les fonds, pour ensuite les verser à son propre compte. Ce document sera transféré sur microfilm. Avec les systèmes modernes de recouvrement de chèques, il arrive fréquemment que les données soient saisies sur ordinateur au moyen de divers appareils, puis transmis aux autres banques sur lignes électroniques ou par échange de bandes magnétiques, de manière à transmettre l'information en laissant pour ainsi dire le chèque au même endroit où il a fait son entrée dans le système bancaire.

A la lecture du projet de loi, il nous est difficile de déterminer si cette nouvelle forme de transmission de l'information est considérée comme un original, un double ou une copie. Si vous connaissez bien les articles pertinents du projet de loi, vous constaterez que trois termes sont employés pour décrire l'information présentée sous forme documentaire, soit: double, copie et original. Les renseignements produits seront traités différemment selon qu'il s'agit d'un double, d'une copie ou d'un original, et le problème se complique si le chèque est détruit. A cet égard, le projet de loi ne satisfait donc pas à l'objectif visé, à savoir éclaircir certaines des questions qui demeurent sans réponse en vertu de notre Loi actuelle, sur la preuve.

Le sénateur Donahoe: Je voudrais poser une question. Insistez-vous que les banques ont l'habitude de détruire les chèques originaux?

M. Crawford: Eh bien, après que le chèque a cessé de...

Le sénateur Donahoe: Après combien de temps?

M. Crawford: Le délai varie d'un province à l'autre et même d'une banque à l'autre, monsieur le sénateur. En vertu de la Loi sur les banques, ces dernières sont autorisées à détruire les registres au bout de dix ans. Dans la province de Québec, la Loi civile sur la preuve ne prévoit pas la présentation de documents après une période de cinq ans. Dans la plupart des autres provinces, ce délai est fixé à six ans.

Le sénateur Leblanc: Est-ce que les documents ne sont pas tout de même conservés pendant dix ans au Québec?

M. Crawford: En vertu de la Loi sur les banques, je crois que cette question est laissée à la discrétion des institutions bancaires. Seuls les documents datant de dix ans ou moins peuvent être contestés; par conséquent, il s'agit d'un délai absolu.

Le sénateur Leblanc: Notre Loi sur les banques ne prime-t-elle pas sur les autres lois provinciales?

M. Crawford: Non, monsieur le Sénateur. Il est établi de façon explicite que la Loi sur les banques ne détient aucune

[Text]

tion periods of the provinces. Those are paramount for all purposes of litigation.

Senator Leblanc: So it could vary from one province to another. It does vary at this time, anyway.

Mr. Crawford: Only one year.

Senator Leblanc: That is very important, because when you are examining, or reviewing, an act, you have to take that into consideration.

Mr. Crawford: Madam Chairman, that is the burden of our brief, and I would like to invite senators to make inquiries of myself and the other members of the delegation if we have not made our point clear.

The Chairman: Fine. Thank you, Mr. Crawford. Senator Asselin.

Senator Asselin: I want to ask my question in French. It will be easier for me.

Nous avons devant nous, madame le président, un mémoire extrêmement technique sur le plan de la recevabilité d'une preuve documentaire. Permettez-moi de féliciter les représentants de l'Association des banques qui ont préparé ce mémoire compliqué. Il n'est pas facile à comprendre pour ceux qui n'ont pas une certaine connaissance du droit et des affaires juridiques.

J'ai étudié minutieusement l'article 135 du projet de loi S-33 qui nous parle du contenu des documents, comme suit:

Le contenu d'un document qui est trop volumineux pour être commodément examiné devant le tribunal peut être présenté sous forme de diagramme ou de résumé ou sous toute autre forme en constituant une présentation juste et précise.

On explique aussi que si un original a été détruit, le tribunal peut accepter une copie. Il faut bien penser que nous discutons présentement d'une nouvelle forme de preuve. Dans le passé, un document a toujours fait preuve de son contenu. Les dispositions de la loi le prévoit pour les systèmes informatisés, non seulement des banques, mais également des corporations commerciales. Évidemment, vous avez pensé et écrit ce mémoire en fonction de vos buts personnels. Cela est normal, vous représentez les banques. Le mémoire a été présenté de telle façon que vous ne tenez pas compte que les corporations commerciales sont elles aussi informatisées, peut-être au même niveau que les banques le sont présentement. Vous n'avez peut-être pas pensé que nous rencontrerions des difficultés avec une preuve faite par une banque tout comme l'on pourrait en rencontrer si nous faisions affaires avec une corporation commerciale qui serait informatisée.

C'est du droit nouveau. C'est une nouvelle forme de présenter une preuve. C'est ce que décrit présentement le projet de loi qui est devant nous.

Comme je l'ai déjà dit devant ce comité, les lois doivent exister pour les deux parties. Les lois existent autant pour la demande que pour la défense. Votre mémoire n'a pas tenu suffisamment compte de ce fait. Évidemment, vous regardez

[Traduction]

priorité par rapport aux lois limitatives ou aux délais prescrits par une province. Ces dernières font autorité dans toutes les questions de litige.

Le sénateur Leblanc: Le délai peut donc varier d'une province à l'autre, comme c'est le cas à l'heure actuelle.

M. Crawford: Il ne varie que d'un an.

Le sénateur Leblanc: C'est très important parce qu'il faut en tenir compte lorsque l'on étudie ou modifie une loi.

M. Crawford: Madame le Président, voilà l'essentiel de notre mémoire. J'invite les sénateurs à me poser des questions, ainsi qu'aux autres membres de la délégation, s'ils désirent des éclaircissements.

Le président: Merci monsieur Crawford. Sénateur Asselin.

Le sénateur Asselin: Je vais poser ma question en français. Ce sera plus facile pour moi.

We have before us, Madam Chairman, a highly technical brief as regards the admissibility of documentary evidence. I would like to congratulate the representatives of the Bankers' Association who prepared this complex brief. It is not an easy one to understand for those who don't have a certain knowledge of law and legal affairs.

I have studied with great care Section 135 of Bill S-33, which talks about the content of documents in the following terms:

The contents of a voluminous record that cannot conveniently be examined in court may be presented in the form of a chart, summary or other form that, to the satisfaction of the court, is a fair and accurate presentation of the contents.

The Bill also explains that if an original has been destroyed, the court may accept a copy. It seems clear that we are now talking about a new form of evidence. In the past, a document has always been proof of its contents. The legislation so provides for computerized systems, not just banking systems but also any private company's. Obviously you conceived and wrote this brief from your own personal angle. That's to be expected, you represent the banks. The brief is presented in such a way that you don't take into account that companies are also computerized, perhaps to the same extent as the banks. You may not have thought that we might run into difficulties with evidence provided by a bank in the same way as we might if we were doing business with a computerized company.

This is new law. It's a new form of presenting evidence. That's what the Bill currently before us is dealing with.

As I have already said before this Committee, laws must be there for both parties. They are for the defence and the plaintiff equally. Your brief has not allowed adequately for this fact. Naturally you focus on the needs and difficulties

[Text]

les besoins et les difficultés qu'auront les institutions financières à faire admettre la fiabilité des documents informatisés. Vous ne considérez pas le fait que la défense, son avocat, ou l'accusé doit avoir des moyens pour connaître s'il y a une faiblesse dans la présentation de la preuve, ou si des informations erronées ont, au tout départ, été confiées à l'informatique.

Quand vous nous demandez, c'est que le tribunal décide immédiatement, sur l'affidavit d'une personne, qu'un document informatisé doit faire preuve de son contenu lors de sa présentation par l'affidavit d'une seule personne, soit le représentant de la banque qui dit: oui, c'est un document informatisé qui appartient à la banque, c'est un document authentique et la cour doit l'accepter. C'est à peu près ce que vous demandez dans votre mémoire. Si je me trompe, vous me corrigerez. Je voudrais savoir, si l'on procède de cette façon, comment l'accusé ou le défenseur pourra-t-il, par son contre-interrogatoire, pouvoir déceler les faiblesses de la présentation de votre preuve? C'est un point de vue que vous n'avez pas soulevé dans votre mémoire. Il est vrai que la façon dont la preuve pourrait être présentée suivant la façon que vous avez décrite dans votre mémoire aiderait possiblement les institutions bancaires à faire une preuve rapide.

Lorsque nous savons que les systèmes informatisés sont presque à 100 p. 100 fiables, que ces systèmes ne commettent pas d'erreur, il y a quand même une marge qu'il faut respecter. Nous avons des exemples à ce sujet. Il y a des cas devant les tribunaux où nous avons constaté que des gens ont été poursuivis en vertu d'un document informatisé et que l'on a découvert qu'il y ait eu une erreur humaine au tout début, lorsqu'on a confié l'information à l'ordinateur. L'erreur s'est commise au tout début lorsque des documents authentiques ont été informatisés.

La question que je vous demande est la suivante: Au lieu de vous situer comme représentants des banques, mettez vous dans la peau d'un accusé ou d'un défendeur qui aura à répondre et à rechercher la fiabilité de votre document authentique informatisé, au cas où il aurait à contre-interroger le représentant de la banque ou de l'institution financière. C'est une question importante qu'il faut se poser. C'est pour cette raison qu'à ce jour, le projet de loi que nous avons devant nous prévoit un article spécial pour les institutions bancaires; je crois que vous l'avez cité, d'ailleurs: ce sont les articles 155 ou 156.

Le sénateur Deschatelets: Ne serait-ce pas l'article 130?

Le sénateur Asselin: Non, ce sont les articles 156 ou 157.

Mr. Crawford: It is clause 157, senator.

Le sénateur Asselin: L'article 157 se lit comme suit:

Un document professionnel d'une institution financière faire preuve, sauf preuve contraire, de tout élément, transaction ou compte qui y est inscrit.

Alors, je pense que le projet de loi s'adresse directement aux institutions bancaires. C'est l'article qui vous concerne. Il n'y a pas, d'ailleurs, seulement que les institutions bancaires qui auront des preuves informatisées à présenter au tribunal. Il y a aussi des corporations commerciales qui ont leur propre sys-

[Traduction]

experienced by financial institutions in having computerized documents declared reliable. You haven't considered that the defence, the lawyer for the defence, or the accused, must have the means of knowing if there is a weakness in the presentation of the evidence or if the information initially entered in the computer was erroneous.

What you are asking us, gentlemen, is that the court decide right away, on the affidavit of one person, that a computerized document must be proof of its contents when presented on the affidavit of one single person, the representative of a bank who says Yes, that's a computerized document belonging to the bank, it's an authentic document and the court must accept it. That is more or less what you're asking for in your brief. If I'm wrong, you must correct me. I would like to know how, if such a procedure were followed, the accused or the defendant could in his cross-examination be able to discover weaknesses in the presentation of your evidence? This is an aspect you haven't covered in your brief. It's true that the way in which the evidence could be presented using the way you describe in your brief might perhaps help banking institutions to present evidence rapidly.

While we know that computerized systems are virtually 100 per cent reliable, that they never make a mistake, there is still a margin that has to be respected. We have examples of this. There are cases before the courts where we have noted that people have been prosecuted on the basis of a computerized document and it has been discovered that there was a human error right at the start, when the information was fed into the computer. The error occurred at the very beginning, when the authentic documents were computerized.

This is what I'd like to ask you: instead of seeing yourselves as representatives of the banks, put yourself in the place of an accused person or a defendant who has to respond to, and investigate the reliability of, your authentic computerized document, and who has to cross-examine a representative of the bank or financial institution. This is an important question that we must ask ourselves. This is why the Bill we have before us today has special provisions for banking institutions; I believe you have cited them already, Section 155 or 156.

Senator Deschatelets: It wouldn't be Section 130?

Senator Asselin: No, it's Section 156 or 157.

M. Crawford: Il s'agit de l'article 157, sénateur.

Senator Asselin: Section 157 reads as follows:

A business record of a financial institution is, in the absence of evidence to the contrary, proof of any matter, transaction or account contained in the record.

So I think that the Bill is addressed directly to banking institutions. This is the section that concerns you. And it's not only banking institutions that will have computerized evidence to present to the courts. There are also businesses that have their own computer systems. Should they have the same

[Text]

tème d'informatique. Est-ce que ces corporations devraient avoir le même privilège de présenter la preuve, tel que vous le demandez dans votre mémoire? C'est une question que je me pose. Je voudrais que vous me parliez également des droits du défendeur pour découvrir si ce document est fiable, authentique. J'aimerais connaître votre opinion à ce sujet.

Mr. Crawford: Senator, I think you have come to a crucial point. I would direct your attention to two clauses. As I understood your comment, you were saying that other companies had the same problems that banks have. You yourself have drawn attention to the special clause proposed for financial institutions. That is, I think, a recognition of what is a basic premise of our brief, which is that the records of financial institutions have always been treated differently from the records of other corporations. Historically you can see the reasons for that, and I think we want to support that part. We are here, after all, to represent this particular segment of the industry.

With regard to your other concern, I would like to direct your attention to the immediately preceding clause, clause 156.

Le sénateur Asselin: Mais on ajoute aussi, à l'article 156:

Une partie peut, avec l'autorisation du tribunal, interroger ou contre-interroger toute personne qui a eu connaissance ou qui est susceptible d'avoir eu connaissance de l'élaboration ou du contenu de l'original, d'un double ou d'une copie d'un document professionnel produit en preuve.

Cela va plus loin que l'affidavit que vous demandez, que vous suggérez d'un représentant d'une institution commerciale ou bancaire. A cet effet, il faudrait, à mon avis, que l'on rencontre les exigences de l'article 156 à l'effet que le défendeur ou l'accusé soit mis au courant par un témoin représentant le système bancaire ou l'institution financière du processus informatisé du document qui doit être produit.

Mr. Crawford: Senator, I think I can put our response succinctly by saying that we view it as a difference between a law regulating admissibility and a law regulating weight, the weight of evidence, the extent to which it must be taken into account in the court's determination of the facts. Our brief is directed to easing and clarifying the conditions of the admissibility of evidence when it is offered by financial institutions to a court. It is not our dispute; it is not our affair. We are merely asked, as record keepers, to bring forward our records. Most banks now produce print-outs which are available in the branch for their own internal purposes. They reflect the operation of the data centre and the whole activity of the bank with relation to that customer on the preceding day. Every day the branch manager receives a print-out which tells him how much money there is in the account. The bank itself relies on it. If that man were to come into the bank, they would pay him the amount that is shown in his account. So we think they are very reliable records. Millions of Canadians deal with the banks every day and the incidence of error is really remarkably small.

[Traduction]

privilege of presenting evidence as you request in your brief? That's one of the questions I'm asking myself. I would be glad if you would also discuss with us the right of the defence to discover whether or not a document is reliable, authentic. I would like to hear your views on this.

M. Crawford: Sénateur, je crois que vous avez soulevé un point d'une importance capitale. J'aimerais votre attention sur deux articles. Si je comprends bien, vous dites que d'autres sociétés ont le même problème que les banques. Vous avez vous-même signalé un article concernant exclusivement les institutions financières. A mon avis, cela prouve que l'on reconnaît le bien-fondé de l'argument de base de notre mémoire: les documents fournis par les institutions financières ont toujours été traités différemment de ceux des autres sociétés. Les raisons historiques faciles à comprendre expliquent cette situation, et nous les appuyons. Après tout, nous sommes ici pour représenter ce secteur particulier de l'infrastructure économique.

En ce qui concerne votre autre préoccupation, je voudrais attirer votre attention sur l'article précédent, soit l'article 156.

Senator Asselin: But Section 156 adds:

Any person who has or may reasonably be expected to have knowledge of the making or contents of any business record or duplicate or copy of it produced or received in evidence may, with leave of the court, be examined or cross-examined by any party.

That goes further than the affidavit you're asking for, that you suggested from a representative of a commercial or banking institution. In my opinion the requirements of Section 156 would have to be met by a witness who represented the banking system or the financial institution fully informing the defendant or accused about the computer procedures for the document to be produced.

M. Crawford: Sénateur, je crois que je peux répondre brièvement en disant que pour nous il s'agit d'une différence entre la recevabilité de ces documents et leur force probante aux yeux de la loi, de la mesure où le tribunal doit en tenir compte pour établir les faits. Notre mémoire tente de préciser les conditions de la recevabilité de la preuve fournie par une institution financière devant un tribunal. L'enjeu n'est pas le nôtre; la cause n'est pas la nôtre. On nous demande simplement de produire des documents. La plupart des banques produisent maintenant des documents informatisés qui sont disponibles dans les succursales, pour leur usage interne. Ces documents fournissent des renseignements provenant du centre de données sur toutes les transactions de la banque avec le client en question le jour précédent. Chaque jour, le directeur de la succursale reçoit un imprimé d'ordinateur indiquant le montant d'argent qui se trouve dans le compte de chaque client. La banque elle-même se fie sur ce document. Un client qui se présente à la banque peut obtenir le montant qui figure dans son compte. Nous sommes donc d'avis qu'il s'agit d'un document digne de confiance. Chaque jour, des millions de Canadiens font des transactions bancaires et en fait, la marge d'erreur est remarquablement minime.

[Text]

I am not saying "You must accept this", that if we bring in a piece of paper, you must do what we say. All we are saying is that if you want to establish a fact that is based upon a bank's records, there is a procedure that should be followed. It should be relatively easy to put in those facts.

You raised next the concern of the individual, and, in my presentation we tried to say that this is a matter of balance, the protection of the individual and the convenience of the fact-finding process. If the accused challenges the record, clause 156 certainly gives the court power to ask the person who has produced the affidavit to come in; but it should not be done on the basis of just wishful thinking or what is sometimes called a fishing expedition, in the hope of finding some loose thread that can be used to unravel the entire process. We think it should be based on the perception by the court that the *prima facie* case that has been made by the lodging of the bank's records needs to be examined, because there is an equally compelling *prima facie* case going the other way. To give a specific example, if I say that I paid my neighbour by cheque, I have that cheque in my possession and it does not show up on the bank's records for that period of time, there is an issue there that must be resolved. We are not saying that the bank should be able to hide behind the affidavit for this purpose, and the bill does not purport to do that. But we do say that in the great majority of cases—99 per cent of them—no such issue arises. It is merely a question of how best and most cheaply to put before the court the evidence of what the bank's record shows. I hope that addresses both of your issues.

Senator Frith: I would like to follow up on a couple of points. You are looking at this matter as you would look at a breathalyser test. In other words, certain assumptions are made about the breathalyser but you can always insist on the operator being called to prove something as a result of a question that may come up later on. The other thing is that in answer to Senator Asselin's question you introduced a feature that I found interesting. I kept looking back to see if it was anywhere in the criteria and I could not find it. I do not know exactly how you could introduce such a thing but it was impressive to me. You said that in offering the evidence you could say, "We would rely on this." In other words the bank says that the question on admissibility is met by all these criteria. Then the question is, "Are you telling us that the system is functioning in a way that you can count on it?" In other words, given that it were the other way around and a cheque for \$1 million was in agreement with the computer you would have paid the \$1 million. That question of saying that the person who produced the business record would be prepared to testify that they would rely on it to their prejudice seems to me an interesting test and an interesting criterion. It does not really appear as such in the criteria.

Mr. Crawford: It is not part of our brief, but I don't think we would shrink from it, because, in fact, the banks do rely on these records. That is why we have confidence in them and why we think that until we have a *prima facie* case that there

[Traduction]

Je ne dis pas que le tribunal doit tout accepter, que si nous produisons un document il doit l'accepter les yeux fermés. Tout ce que nous disons, c'est que si l'on veut établir un fait à partir de documents bancaires, il faut adopter une certaine méthode. Il devrait être relativement facile de le faire.

Vous avez ensuite soulevé la question des droits individuels, et dans mon exposé, j'ai essayé de vous expliquer qu'il s'agit d'une question d'équilibre entre la protection de l'individu et l'importance d'un processus d'enquête. Si l'inculpé conteste l'exactitude du document, l'article 156 donne certes au tribunal le pouvoir de demander à la personne qui a fait la déclaration assermentée de comparaître, mais cela ne devrait pas se faire sur la base d'un simple caprice, ou dans l'espoir de trouver un indice qui permette de débrouiller toute l'affaire. Nous sommes d'avis que le tribunal devrait se prévaloir de ce pouvoir uniquement lorsqu'il juge nécessaire d'examiner les présomptions fondées sur les documents produits par la banque parce que des présomptions aussi sérieuses vont dans le sens contraire. Pour vous donner un exemple précis, si je vous disais que j'ai payé mon voisin par chèque, que j'ai ce chèque en ma possession mais qu'il ne figure pas dans les archives bancaires pour cette période, cela poserait un problème qu'il faut résoudre. Nous ne disons pas que la banque devrait pouvoir se défendre au moyen d'une déclaration assermentée en pareil cas et ce n'est pas non plus ce que prévoit le projet de loi. Mais nous disons que dans la grande majorité des cas—99 p. 100 des cas—il n'y a aucun problème. Il s'agit simplement de trouver la façon la meilleure et la plus économique de produire un document bancaire comme preuve devant les tribunaux. J'espère que cela répond à vos deux questions.

Le sénateur Frith: J'aimerais donner suite à quelques points qui ont été soulevés. Vous considérer cette question un peu comme un alcotest. En d'autres termes, on peut tirer certaines conclusions des résultats de l'éthylomètre, mais on peut toujours insister pour que l'opérateur soit appelé à témoigner plus tard. L'autre point que je veux soulever c'est qu'en réponse à la question du sénateur Asselin vous avez apporté un argument intéressant. J'ai vérifié pour voir si on en faisait mention dans des critères et je ne l'ai pas trouvé. Je ne sais pas exactement comment vous en êtes arrivé à cela, mais j'ai été impressionné par votre argument. Vous avez dit qu'en produisant la preuve, vous pourriez affirmer: «on peut s'y fier.» En d'autres termes, la banque prétend que la recevabilité est fonction de tous ces critères. Il y a donc une question qui se pose: «Êtes-vous en train de nous dire que le système fonctionne de façon telle que vous pouvez vous y fier?» Autrement dit, si c'était le contraire qui se produisait et que selon le document informatisé un chèque au montant de \$1 million pouvait être encaissé, vous verseriez ce montant? Le fait de dire qu'une personne qui produit un document bancaire comme preuve serait prête à témoigner qu'elle peut s'y fier, même si cela lui porte préjudice, me semble un argument, un critère intéressants. Mais en réalité cela ne figure pas comme tel dans les critères.

M. Crawford: Nous n'avons pas traité de cette question dans notre mémoire, mais nous ne devrions pas craindre de le dire, étant donné que c'est un fait: les banques se fient sur ces documents. Nous leur faisons confiance et c'est pourquoi tant

[Text]

is an error—and this happens—the record should stand and be admitted on that basis.

Senator Frith: So the tool that is applicable to the defence, as Senator Asselin has said, is the check that you have met all the criteria for admissibility and those criteria can be reviewed and more evidence could be adduced on any of those criteria?

Senator Donahoe: The admissibility in my opinion has nothing to do with the facts themselves. You have admitted them into evidence but they are merely evidence and, therefore, the ordinary process of dealing with the evidence that is before the courts should be available and, I suspect, is available.

Senator Frith: That is what I was just saying, that there are the two stages. First, you can test all the criteria for admissibility and then you can argue weight.

Mr. Crawford: But when it is the record of a financial institution, the bill takes care of that situation. In the absence of evidence to the contrary, the record is proof of any matter contained in it.

Senator Frith: So once it starts on the road to admissibility it picks up a lot of momentum.

Mr. Crawford: It does.

Senator Donahoe: I would like to relate an experience of my own. I have several accounts in the bank. One is personal to myself and the other is an estate account.

Senator Frith: We are only talking about Canadian bank accounts, not numbered Swiss bank accounts.

Senator Donahoe: My name appears as the first trustee. That trust account was subject to a deposit on a regular basis every month from a financial institution. Unfortunately, the beneficiary died, and it became my duty to make up an estate account. I found that I had been lax in checking my estate account and that certain of the payments that should have been made on certain dates were not present. I raised the question with the bank manager and he set his staff to work checking things out. We finally found that the young lady who introduced the matter into the computer system had credited my personal account with these cheques. She said that she was guided more by the names on the accounts than she was by the numbers of the accounts that were shown. The trust company which sent the cheque sent it with the proper bank account number showing but it also had my name. She read my name as the first name of three, credited me with the money and never looked at the others. So if a witness were relying on that computer account he or she would have been completely wrong.

Mr. MacIntosh: I would like to comment on your story. That error could have been equally wrong if it had been a paper system. In other words, it is a human error not a computer error and the same would have shown up had it been a paper record.

[Traduction]

que nous n'aurons pas de présomptions suffisantes qu'il y a eu une erreur—et cela se produit—les documents devraient être admis comme tels.

Le sénateur Frith: Donc, comme l'a dit le sénateur Asselin, la défense peut vérifier que tous les critères de recevabilité de la preuve ont été respectés, et ces critères peuvent être examinés de nouveau et d'autres preuves peuvent être apportées pour étayer n'importe lequel d'entre eux?

Le sénateur Donahoe: A mon avis, la recevabilité n'a rien à voir avec les faits. Ces faits ont été acceptés comme preuve mais ce ne sont que des preuves et par conséquent, les règles habituelles régissant la preuve produite devant les tribunaux devraient s'appliquer, et je suppose qu'elles le sont.

Le sénateur Frith: C'est pourquoi je disais justement qu'il y a deux étapes. D'abord, on peut vérifier tous les critères de recevabilité de la preuve et ensuite on peut discuter de sa force probante.

M. Crawford: Mais lorsqu'il s'agit d'un document d'une institution financière, il est prévu dans le projet de loi qu'en l'absence de preuves contraires, le document tient lieu de preuve.

Le sénateur Frith: Donc une fois jugé recevable, le document prend beaucoup d'importance.

M. Crawford: Oui.

Le sénateur Donahoe: J'aimerais vous raconter une expérience personnelle. J'ai plusieurs comptes de banque. J'ai un compte personnel et un compte de succession.

Le sénateur Frith: Nous ne parlons ici que des comptes dans les banques canadiennes et non des comptes numérotés dans les banques suisses.

Le sénateur Donahoe: Mon nom figure comme premier fiduciaire. Chaque mois, un montant devait être déposé dans ce compte par une institution financière. Malheureusement, le bénéficiaire est décédé et j'ai dû m'occuper de la succession. Je n'avais pas surveillé de près ce compte, certains des paiements qui auraient dû être versés à des dates fixes, ne l'ont pas été. J'en ai parlé au gérant de la banque, qui a demandé à son personnel de procéder à des vérifications. Nous avons enfin découvert que l'employée qui faisait les entrées dans le système informatique avait crédité ces chèques à mon compte personnel. Elle a dit qu'elle regardait le nom du détenteur du compte plutôt que le numéro qui y figurait. La société de fiducie qui envoyait les chèques inscrivait le bon numéro de compte, où figurait aussi mon nom. Elle avait vu mon nom, en tête des trois, m'avait crédité l'argent et n'avait jamais tenu compte des autres. Donc, si un témoin s'était fié sur ce compte informatisé, il aurait été complètement dans l'erreur.

M. MacIntosh: J'aimerais faire une observation concernant votre expérience. Cette erreur aurait pu se produire de la même façon dans le cadre d'un système manuel de comptabilité. En d'autres termes, il s'agit d'une erreur humaine et non

[Text]

Senator Donahoe: I will admit that.

Le sénateur Asselin: Je m'excuse de revenir à la charge. Dans ce projet de loi qui est devant nous, je pense que le législateur a voulu ou a tenté de ne pas introduire trop de preuve *juris et de jure* mais également, de donner la chance d'une façon *juris tantum* de pouvoir présenter une preuve contraire.

je ne dis pas que ce que vous dites dans votre mémoire n'est pas complètement acceptable, l'on ne doit pas le rejeter du revers de la main. Il me semble que ce que vous nous demandez d'introduire dans ce projet de loi ferait surtout partie d'une preuve *juris et de jure* et qu'il serait difficile pour l'accusé—je le répète encore et je m'excuse auprès de mes confrères de toujours revenir sur ce plan-là—j'ai œuvré tellement longtemps dans ma vie sur ces questions-là que j'ai toujours eu peur qu'un accusé soit condamné ou un défendeur perde sa cause parce que l'avocat n'a pas pu faire les recherches nécessaires pour vérifier la fiabilité ou l'authenticité des documents qui sont produits. Vous demandez que l'on devrait introduire quatre préalables dans le texte français, à la page 13 de votre mémoire. Premièrement, vous dites:

Cette disposition énumère les critères... Vous parlez du «Civil Evidence Act» du Royaume-Uni adopté en 1968. Vous voudriez que ce projet de loi puisse tenir compte de ces quatre préalables:

1. Preuve que le document éligible provient de l'utilisation ordinaire de l'ordinateur pour les activités exercées;
2. Preuve que l'ordinateur a reçu ordinairement des éléments d'information de la nature de ceux produits;

Mais là, on ne tient pas compte de la faillibilité de la nature humaine. L'informatique a une valeur humaine également, parce que ce sont des humains qui donnent des informations à l'informatique. C'est par la suite que ce cerveau électronique produit des données. Lorsque vous dites qu'il faudrait que l'on ait comme préalable la «preuve que l'ordinateur a reçu ordinairement des éléments d'information de la nature de ceux produits», on sous-entend que la personne qui renseigne l'ordinateur est infaillible d'une façon absolue, qu'elle ne peut jamais se tromper.

Or, l'accusé a le droit de savoir si la personne qui est là est qualifiée et de quelle façon elle a donné les informations, les données à l'ordinateur et que cette personne est capable de donner devant le tribunal la preuve, hors de tout doute, qu'au meilleur de sa connaissance, il n'y a pas eu d'erreur qui a été commise.

Troisièmement, vous dites:

3. Preuve que l'ordinateur fonctionnait correctement, ou que le bon fonctionnement de l'ordinateur ne fut pas diminué par une opération défectueuse, et,
4. Preuve que l'information a dérivé de celle fournie à l'ordinateur dans le cours normal des activités.

Or, avec tous ces préalables, dans mon esprit, vous bâtissez une preuve *juris de jurae*; cela veut dire que jamais, au grand

[Traduction]

d'une erreur du système informatique, et la même chose aurait pu aussi bien se produire.

Le sénateur Donahoe: Je l'admets.

Senator Asselin: I apologize for returning to the attack. In the Bill before us, I believe that the legislator wished or tried not to introduce too much evidence *juris et de jure*, but to allow an opportunity for the production of contrary evidence, *juris tantum*.

I'm not saying that what you say in your brief isn't completely acceptable. It shouldn't be shrugged aside. It seems to me that what you're asking us to introduce into this Bill would first and foremost come under the heading of evidence *juris et de jure* and that it would be difficult for the accused—I am repeating myself and I must apologize to my colleagues for always returning to the same point—I've spent so much of my life working on these questions that I'm always worried that an accused will be convicted or a defendant lose his case because his lawyer was not able to do the research needed to check the reliability and the authenticity of the documents produced. On page 14 of the English version of your brief you ask that four criteria be introduced. First you say:

"This provision sets out the following criteria..." You're referring to the Civil Evidence Act passed in the United Kingdom in 1968. You would like this Bill to allow for these four criteria:

1. proof that the printout resulted from regular use of the computer for activities carried on;
2. proof that the computer was regularly supplied with information of the kind produced.

But there's no allowance made there for human error. There's a human variable in the computer equation, because it's human beings who feed information into the machine. After that the electronic brain produces the data. When you say that there must be "proof that the computer was regularly supplied with information of the kind produced", the unstated assumption is that the person supplying the computer with information is absolutely infallible, can never make a mistake.

But the accused has the right to know whether or not the person who is there is qualified and in what manner he gave the information, the data, to the computer, and whether or not he is able to testify before the court that beyond any doubt, to the best of his knowledge, no mistake was made.

Third you say:

3. proof that the computer was operating properly, or that defective operation did not affect the accuracy of the computer; and
4. proof that the information was derived from that supplied to the computer in the ordinary course of activities.

Now will all these conditions, in my view, you're constructing a presumption *juris et de jure*—this means that the defendant

[Text]

jamais, le défendeur ou l'accusé ne pourra, en contre-interrogeant le témoin de l'institution bancaire, pouvoir déceler les faiblesses du système de l'informatique. C'est sur cela que je voudrais que vous nous rassuriez lorsque vous prétendez qu'il faudrait peut-être tenir compte de ces quatre éléments, au préalable, pour pouvoir présenter une preuve commerciale d'une banque ou d'une institution financière?

Mr. Crawford: Senator, if you wanted to learn the security system of one of Canada's large banks and were willing to risk a prosecution for having passed a bad cheque—surely you are not suggesting that we should make the judicial system a forum in which bankers may be cross-examined on the minutiae of the systems they have set up for the protection of the rest of us?

I share your concern. I hope that I made it clear that we were talking about a process that must balance the interest of the fact-finding function of the court and the liberty of the individual. We are looking at a bill in which clause 156 allows the court to examine any person who has knowledge of the accuracy of the record. However, we are looking at that in a context which says that where the record has been produced by a financial institution, you must earn the privilege of questioning that person. You must produce some evidence to the contrary to show that there is not a correct record. We are not, by introducing these computer records, foreclosing inquiry. We are not shutting the court's eyes to what may be the facts. All we are saying is that once these records go in they should be, in the absence of evidence to the contrary, accepted for what they are, as should the truth of the statements they assert.

Le sénateur Asselin: On aurait de nombreuses questions à vous poser. Je voudrais peut-être vous poser une question ou me référer à notre chercheur qui nous a suggéré des questions à poser au témoin. La chercheuse se posait la question suivante:

Est-ce que l'emploi par les institutions financières «d'experts» en informatique, par exemple d'un expert préposé à la tenue des données ne constituerait pas une solution possible à la production laborieuse d'un certain nombre de témoins donc chacun doit témoigner sur le rôle qu'il joue dans le système de tenue des documents informatiques? En fait, est-ce que les tribunaux ont déjà exigé une preuve de cette envergure? Y a-t-il lieu de croire qu'ils le feraient maintenant, compte tenu des dispositions du projet de loi S-33?

On a une série de questions que nos chercheurs, en lisant votre mémoire, nous ont demandé de vous poser. Est-ce que vous pensez que les tribunaux, en regard du projet de loi S-33, seront plus exigeants à l'égard des institutions bancaires qu'ils ne l'ont été dans le passé?

[Traduction]

or the accused can never, ever, be able to discover the weaknesses of your computer system by cross-examination witnesses from the banking institution. It's on that point that I'd like you to reassure us when you claim that these four criteria should perhaps have to be taken into account to be able to present business evidence from a bank or financial institution.

M. Crawford: Sénateur, imaginez que vous vouliez savoir comment fonctionne le système de sécurité d'une des plus grandes banques du Canada et que vous étiez prêt à risquer des poursuites judiciaires pour avoir passé un faux chèque. Je suis sûr que vous ne voudriez tout de même pas transformer le système judiciaire en tribune où les banquiers pourraient être soumis à un contre-interrogatoire sur les menus détails de fonctionnement des systèmes qu'ils ont mis sur pied pour notre protection à tous?

Je partage votre opinion. J'espère avoir fait comprendre sans équivoque que nous discutons d'un processus qui doit tenir compte également du devoir des tribunaux de faire enquête et de la liberté des individus. Dans le projet de loi que nous étudions, l'article 156 autorise le tribunal à interroger toute personne en mesure de prouver l'exactitude du document. Cependant, dans le contexte actuel, il est prévu que lorsqu'un document est fourni par une institution financière, il faut que le tribunal ait des motifs sérieux de se prévaloir du privilège d'interroger cette personne. Il doit être saisi de preuves contraires voulant que le document en question contienne des erreurs. La production de ces documents informatisés comme preuve n'exclut pas que l'on fasse enquête. Nous ne voulons pas empêcher les tribunaux de voir ce qui peut être les faits. Tout ce que nous disons, c'est qu'une fois les documents produits, en l'absence de preuves du contraire, ils devraient être acceptés comme tels et on devrait accorder foi aux déclarations qu'ils contiennent.

Senator Asselin: There are quite a few questions we'd like to ask you. I have one, or at least the researcher who suggests questions for us to ask our witnesses has one. It reads as follows:

If the financial institutions hired computer "experts", for example an expert specifically responsible for data-holding, might this not be a possible solution to the problem of laboriously producing a certain number of witnesses each of whom would have to testify as to his role in the system of keeping computer documents? Have the courts ever in fact required evidence on this scale? Is there reason to believe they will do so now, given the provisions of Bill S-33?

Our researchers have given us a list of questions to ask you that occurred to them in studying your brief. Do you think that because of Bill S-33 the courts will now be more demanding of the banking institutions than they have been in the past?

[Text]

Mr. Crawford: Your question is whether the change that we recommend would require more financial institutions than previously?

Senator Asselin: Yes.

Mr. Crawford: No. We are not suggesting either more or less, senator. We are simply asking for clarification. On the existing state of the law, the Ontario Court of Appeal in the *McMullen* judgment to which we referred, has determined that section 29 of the Canada Evidence Act, which the bill will replace, is adequate for the task of introducing computer-based records from financial institutions into court, provided there is some foundation evidence. Beyond the words we quoted, and you can read them as well as we, the court has not had an opportunity to explain what it will require in the future in the way of foundation evidence.

As we read it, we see cause for the two concerns I mentioned. We are not suggesting either more or less information; we are suggesting that there be a clarification of what should be required as foundation evidence.

We are not here to say that the records of financial institutions are so certain, so secure, that no foundation evidence should be required. That is not the purpose of our brief. Our brief is to ask you not to leave it to the litigation process to determine what is satisfactory foundation evidence, when you could so easily put something into the bill.

You mentioned research. The research that went into the bill suggested three criteria. The English statute of 1968 suggests three or four others. There are other precedents that could be looked to.

We think that the report of the committee ought to state what this committee thinks would be sufficient foundation evidence so that we will know and not have to be put to the risks, the expense and the trouble of litigation to make the determination.

Senator Asselin: Madam Chairman, I will leave the questioning to my colleague for the moment. Perhaps I will put another question later.

The Chairman: Thank you. Senator Leblanc?

Le sénateur Leblanc: Madame le président, je ne suis pas avocat, alors je n'irai pas dans les détails des preuves au préalable et ainsi de suite. Il y a un point qui, pour moi, est très important: c'est la sécurité du système au complet. A la page 7, dans le texte français, à l'article 4, on parle du danger pour la sécurité. Pour moi c'est ce qu'il y a de plus important. Étant un comptable agréé, j'ai exercé ma profession pendant 25 ans et j'avais à garder des secrets de mes clients. J'exerçais donc une certaine sécurité pour eux et je peux comprendre le problème de la sécurité. Je pense que c'est un problème majeur que nous avons à examiner, non seulement la question de facilité de preuve, ou de la non-facilité. Cependant, je pense qu'il est excessivement important que dans le volume des données qui pourraient être soumises à une cour de justice, que

[Traduction]

M. Crawford: Vous voulez savoir si les changements que nous recommandons exigeront davantage des institutions financières que dans le passé?

Le sénateur Asselin: Oui.

M. Crawford: Non. Nous ne disons pas que cela exigera plus ou moins, sénateur. Nous demandons simplement des précisions. Selon la loi actuelle, la Cour d'appel de l'Ontario, dans le jugement *McMullen*, dont nous avons parlé, a déclaré que l'article 29 de la Loi sur la preuve au Canada, qui est remplacée par un autre dans le projet de loi, reconnaît la recevabilité de documents informatisés des institutions financières comme preuve devant les tribunaux, pourvu qu'il y ait une preuve préalable. Le tribunal n'a pas précisé davantage ce qu'il exigera à l'avenir comme preuve préalable. Nous n'avons que le jugement rendu que nous avons cité, que vous avez pu lire aussi bien que nous.

Après lecture du projet de loi, deux choses nous préoccupent. Nous ne proposons pas que l'on exige plus ou moins de renseignements; nous recommandons de préciser ce qui sera exigé comme preuve préalable.

Nous ne sommes pas ici pour affirmer que les documents des institutions financières sont si sûrs, si infaillibles, qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir une preuve préalable. Ce n'est pas le but de notre mémoire. Celui-ci a pour objet de vous demander de ne pas compter sur le processus de règlement des affaires en litige pour déterminer ce qui sera considéré comme preuve préalable satisfaisante alors qu'il serait si facile de le préciser dans le projet de loi.

Vous avez parlé de la recherche. Les chercheurs qui ont travaillé sur ce projet de loi ont proposé trois critères. La loi du Royaume-Uni de 1968 en propose trois ou quatre autres. Il y a d'autres précédents qui pourraient aussi être examinés.

Nous sommes d'avis que dans son rapport, le Comité devrait mentionner ce qui, à son avis, pourrait être considéré comme preuve préalable suffisante, afin que nous sachions à quoi nous en tenir et que nous n'ayons pas à assumer les risques, les dépenses et les difficultés qu'entraînent les affaires en litige, pour établir cette preuve.

Le sénateur Asselin: Madame le Président, je vais pour le moment laisser mes collègues poser des questions. J'aurai peut-être une autre question plus tard.

Le président: Merci, Sénateur Leblanc?

Senator Leblanc: Madam Chairman, I am not a lawyer, so I won't go into details on preliminary evidence and so forth. There is a point that in my view is very important, and that is the security of the system as a whole. The threat to security is discussed on pages 7 and 8 of the English version, section IV. To me this is the most important aspect. I am a chartered accountant, and for 25 years I had clients whose secrets had to be safeguarded. I maintained a certain security for them and I can understand problems of security. I think this is a major problem we have to examine here, not simply a question of the ease or difficulty of proof. I think it is a very serious matter that in the volume of data that may be submitted to a court of law, other documents might be revealed pertaining to other clients and not at all relevant to the case in hand.

[Text]

d'autres documents seraient divulgués de d'autres clients et qui ne seraient pas pertinents au cas concerné.

Alors, je pense que c'est un problème que nous devons examiner de très près avant de prendre une décision finale. L'on dit ceci à la page 7:

Si une partie importante des renseignements ainsi requis est portée à la connaissance du public, la sécurité des systèmes mis en place par les institutions financières pourrait être menacée.

J'en suis. Je suis bien d'accord. On a même vu, il y a quelque temps que des gens assez expérimentés dans le domaine de l'informatique pouvaient, par des truchements, envoyer des fonds dans une autre banque et les retirer par la suite. Alors je pense que la question de sécurité, c'est un problème qui est de la plus haute importance et que nous devons étudier. Comme je l'ai dit au début, je ne suis pas avocat. Alors je ne sais pas si la preuve devra être faite d'une certaine façon ou d'une autre, je l'ignore complètement.

D'un autre côté, ayant été impliqué dans le problème de sécurité pour mes clients, je pense que c'est un problème très spécial, très important. Je pense que nous devons considérer au moment de rédiger notre rapport, si les articles qui existent actuellement dans le bill sont réellement sécuritaires pour le système entier et pour certains clients aussi, sans affecter la production de certaines preuves qui peuvent être amenées, soit par la demande, soit par l'autre partie.

The Chairman: Senator Deschatelets, did you have a question?

Le sénateur Deschatelets: Si je comprends bien, l'Association cherche à planifier l'admissibilité de la preuve informatique devant les tribunaux.

Vous avez indiqué, dans votre mémoire que vous n'étiez pas satisfaits de la jurisprudence actuelle.

Vous avez cité la cause McMullen à titre de jurisprudence et vous aimeriez que ce nouveau projet de loi sur la preuve puisse, une fois pour toutes, régler le problème de l'admissibilité de la preuve informatique.

Ce que je ne comprends pas, c'est qu'à la page 12 du rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur la normalisation des règlements de la preuve, vous avez mentionné, là, trois critères dans ce rapport, qui a précédé le bill actuel.

Est-ce que vous êtes satisfaits de ces critères, de façon générale.

Mr. Crawford: We are satisfied that, if this were legislated, it would clarify the issue. However, number three—

Senator Deschatelets: You have some reservations about number three?

Mr. Crawford: My concern is only that it be understood as it was proposed. We did not revise it to clarify, but the task force, in suggesting that there should be some evidence of the reliability and accuracy of the process, indicated very clearly that the evidence that it was thinking of in calling for this requirement was business evidence; the results of the process. Not the minutiae of how that came about; not the details by

[Traduction]

So I think this is a problem that we must consider very carefully before reaching a final decision. It says on page 8:

If much of this information becomes a matter of public knowledge, efforts by financial institutions to maintain a high level of system security could be jeopardized.

I agree. I agree completely. Quite recently we read about people who knew enough about computers that they were able by trickery to have funds sent to another bank where they withdrew them. So I think the question of security is a problem of the first order and one we ought to consider. As I said at the outset, I am not a lawyer. So I don't know if evidence ought to be presented in one particular way or another, I have no idea.

On the other hand, having been involved in the problem of security for my clients, I think this is a very special, very important problem. I think we ought to consider it when we come to write our report, whether the clauses that are currently in the Bill are really adequate safeguards for the whole system and for specific clients as well, without affecting the production of certain evidence that might be produced by either the plaintiff or the other party.

Le président: Sénateur Deschatelets, aviez-vous une question?

Senator Deschatelets: As I understand it, the Association is trying to get a cut-and-dried definition of the admissibility of computer-produced evidence before the courts.

You have indicated in your brief that you aren't satisfied with existing jurisprudence.

You cite the McMullen case as an example of jurisprudence and you would like this new Bill on evidence to settle once and for all the problem of the admissibility of computer-produced evidence.

What I don't understand is that on page 12 of the report of the Federal-Provincial Task Force on standardization of the rules of evidence, you mentioned three criteria in the report, which preceded this Bill.

Are you satisfied with these criteria, generally speaking?

M. Crawford: Nous sommes convaincus que, si ces critères étaient intégrés dans le projet de loi, tout serait plus clair. Cependant, le numéro 3...

Le sénateur Deschatelets: Vous avez des réserves au sujet du numéro 3?

M. Crawford: Tout ce qui m'intéresse, c'est qu'on comprenne ce que nous avons proposé. Nous ne l'avons pas révisé pour le clarifier, mais le groupe de travail, lorsqu'il a laissé entendre qu'il devrait y avoir des preuves de la fiabilité et de l'exactitude du procédé, a dit sans équivoque que le genre de preuve auquel il songeait lorsqu'il a formulé cette exigence consistait en preuves tangibles, c'est-à-dire les résultats du

[Text]

which the result was produced but the business evidence of the reliability of the process.

For example, a senator made the suggestion that the affidavit should be required to state that the bank would pay out any money that was there. That is business evidence. That is the kind of thing we are referring to here.

Senator Deschatelets: Were you invited at some stage to present your views before the task force?

Mr. Crawford: Not before the task force, which met in private and consulted only with its own experts.

Senator Deschatelets: You did, however, have the opportunity to present your views?

Mr. Crawford: Yes.

Senator Deschatelets: Do you have any explanation as to why the present bill does not reflect your representations?

Mr. Crawford: Perhaps our representations were unsuccessful.

Senator Deschatelets: Finally, I must ask you, since you are not satisfied with the present jurisprudence and you are not satisfied that Bill S-33 corrects those present problems, do you think that, in view of the questions you have heard today, you could supplement your brief later with specific amendments to Bill S-33 which, in due time, we could consider?

Mr. Crawford: We would be pleased to do that, senator.

Senator Frith: What is the difference, basically, between the task force recommendations and those of the U.K.?

Mr. Crawford: It is chiefly in the expression, I think.

Senator Frith: I have been comparing the third criterion of each, and to my mind they are trying to meet the same test.

Mr. Crawford: Yes, and the "ordinary course" is contained in 2, although I have not attempted to compare them in detail.

Senator Frith: There is no specific difference. It is merely a question of form.

Mr. Crawford: No, I think it is chiefly in the expression.

The Chairman: Mr. Crawford, in the brief at the bottom of page 7, where you deal with the possible threat to security, you state that:

Unless there is an express statutory provision protecting the secrecy of computer procedures, the possibility clearly exists that a court will be persuaded that certain information is relevant and therefore compellable . . .

There have been cases involving computers for some time now, and the law does not expressly provide for that contingency. I am wondering whether you know of or have dealt with any

[Traduction]

procédé. Non pas les menus détails de la façon dont le procédé a été conçu ou dont le résultat a été produit, mais une preuve tangible de la fiabilité du procédé.

Par exemple, un sénateur a proposé qu'il soit obligatoire de préciser sur l'*affidavit* que la Banque paiera toute somme qui y serait mentionnée. Voilà une preuve tangible. C'est cela que nous voulions dire par là.

Le sénateur Deschatelets: Le Groupe de travail vous a-t-il déjà invités à lui exposer vos vues?

M. Crawford: Pas le Groupe de travail car il s'est réuni en privé et n'a consulté que ses propres experts.

Le sénateur Deschatelets: Vous avez cependant eu une occasion de faire valoir vos opinions?

M. Crawford: Oui.

Le sénateur Deschatelets: Pouvez-vous nous expliquer pourquoi le projet de loi ne reflète pas vos vues?

M. Crawford: Nos démarches sont peut-être restées sans succès.

Le sénateur Deschatelets: Pour terminer, puisque la jurisprudence actuelle ne vous satisfait pas et que vous n'êtes pas convaincu que le projet de loi S-33 apporte une solution aux problèmes actuels, croyez-vous qu'à la lumière des questions qui ont été soulevées aujourd'hui, vous puissiez étoffer votre mémoire plus tard et proposer des amendements précis au projet de loi S-33 que le Comité pourrait étudier en temps voulu?

M. Crawford: Nous serions heureux de le faire, sénateur.

Le sénateur Frith: Quelle est la principale différence entre les recommandations du groupe de travail et celles qui ont été faites au Royaume-Uni?

M. Crawford: La différence réside surtout dans leur formulation, à mon avis.

Le sénateur Frith: J'ai comparé le troisième critère de chacun et à mon avis, ils visent tous les deux à satisfaire aux mêmes exigences.

M. Crawford: Oui, et le «cours ordinaire» est prévu dans le deuxième critère, bien que je n'ai pas comparé les deux critères n° 2 de façon détaillée.

Le sénateur Frith: Il n'y a aucune différence particulière. C'est essentiellement une question de forme.

M. Crawford: Je ne crois pas qu'il y ait une différence si ce n'est dans l'expression.

Le président: Monsieur Crawford, dans votre mémoire, au bas de la page 7, où vous parlez d'une menace possible pour la sécurité, vous dites ceci:

... en l'absence de dispositions statutaires précises pour protéger la confidentialité des fonctions informatisées, il sera toujours possible de persuader un tribunal de la pertinence d'une information, et celle-ci deviendra par conséquent contraignable . . .

Depuis quelque temps maintenant, on entend parler de crimes impliquant des ordinateurs et la loi ne prévoit rien de précis dans ces cas-là. Je me demandais si vous connaissiez des

[Text]

such cases that have possibly highlighted this question of security.

Mr. Crawford: It has not been necessary yet, Madam Chairman. The existing statute, the Canada Evidence Act, is substantially the same on this point.

The Chairman: Are you saying that you want this new act to be more specific in this area?

Mr. Crawford: On this point of compellability, an officer of a financial institution is not compellable. That is, he may not be subpoenaed; he may not be brought before the court on any question concerning the records of the financial institution if the procedure that is specified has been followed.

The procedure now is the affidavit and the copy, and the procedure under Bill S-33 would be the same. The question is, what procedure must be followed in order to bring the record before the court? We are asking for clarification of that. It is tolerably clear now in the act. However, as the act has been interpreted by the Ontario Court of Appeal, there is an additional provision of uncertain content. In other words, the court has gone beyond what is written in the statutes and said, "Yes, that's fine, but when it is a computer record, you must give us foundation evidence" and have suggested in very general terms what that might be. In fact, the terms are so general that we cannot act in accordance with them with any degree of certainty and also, they give rise to the concerns we have tried to express here.

We are therefore asking that, when the present statute is replaced by the new statute, this issue be addressed; that the conditions under which computer-based records from financial institutions can be brought before a court should be clarified. Not necessarily simplified; merely clarified and then, from that point forward, the two statutes are identical. Unless the court sees reason to do so, no party may summon or subpoena a bank officer or any other record in order to inquire further. If the court sees reason to do so—and here Senator Asselin has expressed his concern—there is full power there as there is with paper-based records. That issue really does not change when moving from paper to computers. The only issue that changes is what the court will require, in addition, as foundation.

The court has said, "We will require something," and the process by which the courts can refine what the something will be is expensive, time consuming and very uncertain, and it is all at our expense. We are therefore asking that the report that your committee produces address that issue and clarify it for us.

The Chairman: Do you believe that financial institutions should still have special status in this age of computers?

[Traduction]

causes ou si vous aviez participé à des procès qui auraient pu mettre en lumière l'importance de la question de la sécurité.

M. Crawford: Cela n'a pas encore été nécessaire, Madame le président. La loi actuelle, c'est-à-dire la Loi sur la preuve au Canada, est pratiquement identique à ce sujet.

Le président: Voulez-vous dire par là que vous aimeriez que les dispositions de la nouvelle loi soient plus précises à cet égard?

M. Crawford: Pour ce qui est du caractère contraignable d'une personne, les cadres supérieurs des institutions financières ne peuvent être contraints à témoigner. En d'autres mots, ils ne peuvent être cités à comparaître sous peine d'amende ni être forcés de témoigner devant un tribunal pour répondre à des questions portant sur les dossiers financiers de l'institution si, bien sûr, la procédure prévue a été respectée.

A l'heure actuelle, on fait une copie d'un *affidavit* et le projet de loi S-33 prévoit la même façon de procéder. Reste à savoir comment on doit s'y prendre pour faire produire les dossiers en question devant un tribunal. Nous demandons des précisions à ce sujet. La loi actuelle est tout juste assez claire là-dessus. Cependant, de la façon dont la loi a été interprétée par la Cour d'appel de l'Ontario, son contenu est encore moins clair. Autrement dit, le tribunal est allé plus loin que la loi et a dit: «Très bien, mais lorsqu'il s'agit d'un document informatisé, vous devez nous fournir une preuve préalable»; elle a ensuite défini en termes très généraux ce en quoi la preuve préalable pouvait consister. En fait, les termes sont si généraux qu'il nous est impossible d'être certains que nous nous conformons aux dispositions de la loi et ils suscitent les préoccupations que nous avons tâché d'exposer ici.

Par conséquent, nous demandons que lorsque la loi actuelle sera remplacée, ce problème soit réglé, que les conditions dans lesquelles les dossiers informatisés des institutions financières peuvent être produites devant un tribunal soient précisées. Il n'est pas nécessaire de les simplifier, seulement de les préciser; pour ce qui est du reste, les deux lois sont identiques. A moins que le tribunal ne voie des raisons de l'autoriser, aucune partie ne peut citer un cadre supérieur d'une banque à comparaître sous peine d'amende et ordonner la production d'un document d'une banque afin de pousser une enquête plus loin. Si le tribunal a une raison de le faire, et le sénateur Asselin s'est dit inquiet à ce sujet, le tribunal peut ordonner la production de documents informatisés comme il peut le faire pour des documents imprimés. Le problème reste essentiellement le même lorsqu'on passe des documents imprimés aux documents informatisés. La seule chose qui change, c'est ce que le tribunal exigera en plus comme preuve préalable.

Le tribunal a dit: «Nous exigerons quelque chose» et la façon dont les tribunaux pourraient être amenés à préciser ce en quoi ce quelque chose consiste sera coûteuse et lente et causera beaucoup d'incertitudes, le tout à nos dépens. Nous demandons par conséquent que dans le rapport qu'il produira, le Comité soulève ce problème et dissipe toute ambiguïté.

Le président: Croyez-vous que les institutions financières devraient conserver un statut spécial à notre époque informatisée?

[Text]

Mr. Crawford: Yes, I do. I think the records of financial institutions are unique. They are not like the records of other businesses by virtue of the number of transactions performed every day and the observably very small incidence of error. The bill recognizes that and in fact it has been recognized for over a hundred years. I referred to the Victorian statute, the Bankers' Books Evidence Act, which established in 1879 that you can bring these records forward and they would be regarded as correct unless there was something to the contrary. That is now a hundred years old.

Mr. MacIntosh: Madam Chairman, I would like to add a word. What we have been discussing here we have addressed in terms of the banking industry. In fact, the issues apply to any deposit-taking institution. I am a member of the board of directors of the Canadian Payments Association, which is the new statutory body which has taken over the legal power with regard to the clearing system, and I recently drew the attention of the directors of that association to this bill and these issues.

I would not be surprised if the counsel to the Canadian Payments Association and the full board expressed to you equal concerns, because the problem is no different for the caisses populaires, the credit unions, the trust companies, the Montreal City and District Savings Bank, or the Alberta Treasury Bank, all of which are deposit-taking institutions by law. These concerns would be, I am quite confident, shared among them as they are among the bankers.

So, it is not confined to the banks alone, by any means.

Senator Frith: First of all, there is no question that the *McMullen* case is the law at the present time.

Mr. Crawford: As interpreted by the subsequent judgment in *Bell and Bruce*.

Senator Asselin: You should have gone to the Supreme Court of Canada to get the answers to the questions you were asking.

Mr. Crawford: That was not in our hands, senator.

Senator Asselin: You could have asked the Supreme Court of Canada to hand down a declaratory judgment.

Mr. Crawford: We placed our hopes in the bill.

Senator Asselin: We are not judges.

Senator Frith: I appreciate that it did not go to the Supreme Court of Canada, but until it does, *McMullen* is the law at the moment.

You have referred to the *McMullen* case. If I understand your evidence correctly, you are not satisfied with *McMullen* because you say it is rather vague and not quite clear as to what is required, but in the other evidence you gave, you have indicated that the most desirable system would be one that

[Traduction]

M. Crawford: Oui. Je crois que les dossiers des institutions financières sont uniques en leur genre. Ils ne sont pas de la même nature que les dossiers d'autres entreprises en raison du nombre de transactions qui sont faites chaque jour et du nombre infime d'erreurs qu'ils comportent. Le projet de loi confirme ce fait qui est, par ailleurs, reconnu depuis plus d'un siècle. J'ai parlé de la loi victorienne, la Bankers' Books Evidence Act, adoptée en 1879, qui prévoyait qu'on ne pouvait produire ces documents devant un tribunal et qu'ils devaient être considérés comme exacts à moins d'une preuve du contraire. Cela remonte à plus d'un siècle.

M. MacIntosh: Madame le président, je désire ajouter quelque chose. Nous avons abordé ces divers sujets du point de vue des banques. En fait, cela s'applique à toute institution autorisée à recevoir des dépôts. Je siège au conseil d'administration de l'Association canadienne des paiements, qui est l'organisme officiel autorisé par la loi à régir le système de compensation et dernièrement, j'ai attiré l'attention de la direction de l'Association sur le projet de loi et sur ces diverses questions.

Je ne serais pas surpris si le conseiller juridique de l'Association canadienne des paiements et le conseil d'administration en entier vous faisaient part de préoccupations identiques parce que le problème est le même pour les caisses populaires, les caisses de crédit, les sociétés de fiducie, la Banque d'épargne de la Cité et du District de Montréal ou la Alberta Treasury Bank que la loi tient toutes à être membres d'institutions autorisées à recevoir des dépôts. Je suis tout à fait certain qu'elles partageraient les mêmes préoccupations comme c'est le cas chez les banquiers.

Par conséquent, les banques ne sont pas les seules intéressées, loin de là.

Le sénateur Frith: Premièrement, il ne fait aucun doute que le jugement rendu dans la cause *McMullen* fait loi à l'heure actuelle.

M. Crawford: De la façon dont il a été interprété dans le jugement rendu subséquemment dans les causes *Bell* et *Bruce*.

Le sénateur Asselin: Vous auriez dû adresser vos questions à la Cour suprême du Canada; vous auriez obtenu des réponses.

M. Crawford: Cela ne dépendait pas de nous.

Le sénateur Asselin: Vous auriez pu demander à la Cour suprême de prononcer un jugement déclaratoire.

M. Crawford: Nous avons placé tous nos espoirs dans le projet de loi.

Le sénateur Asselin: Nous ne sommes pas des juges.

Le sénateur Frith: Je veux bien que ce ne soit pas allé jusqu'à la Cour suprême, mais d'ici à ce que cela arrive, le jugement rendu dans la cause *McMullen* fait loi pour le moment.

Vous avez parlé de la cause *McMullen*. Si je vous ai bien compris, vous n'êtes pas satisfait de ce jugement parce qu'à votre avis, il est plutôt vague et manque de clarté à l'égard de ce que la loi prescrit; mais dans l'autre exemple que vous avez donné, vous avez dit que le système idéal permettrait à une

[Text]

permitted someone local, so to speak—let us say a branch manager—to give evidence regarding the criteria and, thus, avoid having to bring someone in who knows all about the workings.

Mr. Crawford: That is right.

Senator Frith: But Mr. Justice Morden states:

—in the case of computer records, the procedures and processes relating to the input of entries, storage of information, and its retrieval and presentation—

That means everything it would take an expert to prove, meaning someone from the head office.

Mr. Crawford: That is right.

Senator Frith: He goes on to state:

—If such evidence be beyond the ken of the manager, accountant or the officer responsible for the records . . . then a failure to comply . . . must result and the print-out evidence would be inadmissible.

As far as *McMullen* is concerned, it is not vague; it goes against you, in fact.

Mr. Crawford: That is right.

Senator Frith: And that, in turn, Madam Chairman, brings me to what Senator Deschatelets has suggested. Do I understand that we can expect the witnesses to draft what they consider to be satisfactory and what would be considered a legislative explanation of the position they are taking today?

Mr. Crawford: We would be pleased to do that.

If I may, I should like to clarify the reason Mr. Justice Morden says that in *McMullen*. He said that that is what section 29(2) of the existing act states. That section does not talk about a knowledgeable deponent; it talks about the manager or the accountant, and he is putting us at great risk.

Senator Asselin: Before appearing before the committee, did you make any suggestions to the officials from the Department of Justice?

Mr. Crawford: I was not party to the discussions, but three of my colleagues did in fact hold discussions with officials from the Department of Justice. Perhaps one of them could speak to that.

Senator Asselin: Who were the officials you met with?

Mr. Glenn Higginbotham, Chairman, Task Force on Evidence, Canadian Bankers' Association: The subcommittee of the Canadian Bankers' Association met briefly with Mr. Tollefson. At that time we consulted with him over our proposed wording. By the time the consultations had concluded, the bill had been introduced in the Senate. So, I think this is the only forum in which we can usefully discuss this issue now.

[Traduction]

personne de compétence plus limitée, si on veut, par exemple, un chef de succursale, de témoigner au sujet des critères, ce qui éviterait à l'institution financière de produire un témoin qui connaissant parfaitement le système.

M. Crawford: C'est exact.

Le sénateur Frith: Mais le juge Morden a dit ceci:

. . . dans le cas des dossiers informatisés, les méthodes et procédés qui ont trait à l'introduction des données, au stockage de l'information, à son extraction et à sa présentation . . .

Cela englobe tout ce que seul un expert pourrait prouver ou autrement dit un membre du conseil d'administration.

M. Crawford: C'est exact.

Le sénateur Frith: Il déclare aussi ce qui suit:

. . . Si ce genre de preuve était hors de la compétence du chef de service, du comptable ou du cadre responsable des dossiers . . . il devrait en résulter une incapacité de respecter la citation à témoigner . . . et la preuve consistant en un imprimé d'ordinateur serait irrecevable.

En ce qui concerne la cause *McMullen*, tout est clair; le jugement vous est défavorable.

M. Crawford: C'est exact.

Le sénateur Frith: Cela m'amène, madame le Président, à ce que le sénateur Deschatelets a dit. Dois-je comprendre que nous pouvons attendre que les témoins aient expliqué par écrit ce qu'ils considèrent comme une solution satisfaisante et quelles précisions devraient selon eux être contenues dans la loi qui représenteraient la position qu'ils ont exposée aujourd'hui?

M. Crawford: Nous serions heureux de vous fournir ces explications.

Si vous me permettez, je voudrais préciser la raison pour laquelle le juge Morden a rendu le jugement que l'on sait dans la cause *McMullen*. Il a dit que c'était ce que le paragraphe 29(2) de la Loi actuelle prévoyait. Cet article ne dit rien des témoins déposants bien informés; il parle du chef de service ou du comptable, ce qui nous fait courir un grand risque.

Le sénateur Asselin: Avant de témoigner devant le Comité, avez-vous fait quelque suggestion que ce soit aux fonctionnaires du ministère de la Justice?

M. Crawford: Je n'ai pas participé aux discussions, mais trois de mes collègues ont en effet eu des entretiens avec des fonctionnaires du ministère de la Justice. Peut-être l'un d'eux pourrait-il vous en dire plus long à ce sujet.

Le sénateur Asselin: Qui étaient les fonctionnaires que vous avez rencontrés?

M. Glenn Higginbotham, président, Groupe du travail sur la preuve, Association des banquiers canadiens: Le sous-comité de l'Association des banquiers canadiens a eu de brefs entretiens avec M. Tollefson. A ce moment-là, nous le consultions au sujet de la formulation que nous devions proposer. Lorsque nos consultations ont pris fin, le projet de loi avait déjà été présenté au Sénat. Par conséquent, je crois que votre comité est le seul endroit où nous puissions discuter de la question maintenant.

[Text]

Senator Asselin: Did you talk about possible amendments?

Mr. Higginbotham: Yes.

Senator Asselin: What was his reaction?

Mr. Higginbotham: Well, we were not expert draftsmen. I think that that was clearly evident.

Senator Asselin: You should have spoken to him with regard to the substance of the amendments you had in mind. Did you do that?

Mr. Higginbotham: Yes, we provided suggested wording.

Senator Asselin: You received no reaction?

Mr. Higginbotham: We did not receive a positive reaction to our suggestions, but, as I said, by that time the bill had been introduced in the Senate.

Senator Deschatelets: Did you ask why the criteria appearing in the task force report are not reflected in Bill S-33?

Mr. Higginbotham: No, we did not.

The Chairman: Mr. MacIntosh, we would be happy to receive any suggested amendments you would like to send us. Although they will be included in the proceedings, we certainly cannot guarantee that they will be accepted.

Senator Asselin: Do I understand that we will have officials from the Department of Justice appearing before the committee again?

The Chairman: By all means, Senator Asselin.

I was going to mention to our witnesses today, to you in particular, Mr. MacIntosh, that the minister has indicated to us very clearly that he wants us to study the bill and receive all types of submissions and criticisms on it. I am quite certain that it is his intention to consider carefully all the suggestions that are put forward. My understanding is that this bill will be re-drafted over the summer recess.

We are going to hear submissions from the Canadian Bar Association again, as well as from others.

We shall consider carefully your suggestions today. Thank you for appearing before the committee today.

Mr. MacIntosh: Madam Chairman, honourable senators, we thank you for your courtesy.

The Chairman: Honourable senators, before we adjourn, may I have a motion to make the submission of the Canadian Bankers' Association an appendix to today's proceedings?

[Traduction]

Le sénateur Asselin: Avez-vous parlé d'amendements possibles?

M. Higginbotham: Oui.

Le sénateur Asselin: Quelle a été sa réaction?

M. Higginbotham: Nous n'étions pas des experts. C'était absolument évident.

Le sénateur Asselin: Vous auriez dû lui parler du contenu des amendements auxquels vous songiez. L'avez-vous fait?

M. Higginbotham: Oui, nous avons proposé un nouveau libellé.

Le sénateur Asselin: Quelle réponse vous a-t-il faite?

M. Higginbotham: Il n'a pas eu une réaction positive mais, comme je l'ai dit, le projet de loi avait déjà été présenté au Sénat à ce moment-là.

Le sénateur Deschatelets: Lui avez-vous demandé pourquoi les critères qui sont énoncés dans le rapport du groupe de travail ne sont pas repris dans le projet de loi S-33?

M. Higginbotham: Non.

Le président: Monsieur MacIntosh, nous serions heureux d'étudier tout projet d'amendement que vous jugeriez bon de nous confier. Cependant, s'il est certain qu'ils figureront dans les comptes rendus de nos délibérations, nous ne pouvons certainement pas vous garantir qu'ils seront adoptés.

Le sénateur Asselin: Si j'ai bien compris, des fonctionnaires du ministère de la Justice, témoigneront de nouveau devant le Comité?

Le président: C'est certain, sénateur Asselin.

J'allais dire à nos témoins et surtout à vous, M. MacIntosh, que le ministre nous a précisé qu'il tient à ce que nous étudions le projet de loi ainsi que tous les mémoires qui nous seront envoyés à ce sujet et toutes les critiques qu'il suscitera. Je suis convaincu qu'il a l'intention d'examiner soigneusement toutes les suggestions qu'on lui fera. Je crois savoir que le projet de loi fera l'objet d'une nouvelle rédaction pendant l'intersession de l'été prochain.

De plus, nous allons recevoir de nouveaux mémoires de l'Association du barreau canadien sans parler de ceux d'autres groupes.

Nous allons étudier soigneusement les suggestions que vous nous avez faites aujourd'hui: Je vous remercie cordialement d'avoir témoigné devant notre comité.

M. MacIntosh: Madame le Président, honorables sénateurs, nous vous remercions de votre courtoisie.

Le président: Honorables sénateurs, avant d'ajourner la séance, je voudrais que quelqu'un présente une motion portant impression du mémoire de l'Association des banquiers canadiens en annexe aux comptes rendus d'aujourd'hui.

[Text]

Senator Asselin: I so move.

(For text of brief see appendix, page 55A:1.)

The Chairman: The committee is adjourned until tomorrow at 4 p.m.

The committee adjourned.

[Traduction]

Le sénateur Asselin: Je le propose.

(Pour le texte de l'appendice, voir page 55A:18.)

Le président: Le comité s'ajourne à demain, à 16 heures.

(La séance est levée.)



APPENDIX "55-A"

The Canadian Bankers' Association

BILL S-33

THE CANADA EVIDENCE ACT, 1982

A SUBMISSION TO THE

SENATE COMMITTEE ON LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

MAY 1983

THE CANADA EVIDENCE ACTI. Introduction

Bill S-33 offers a unique opportunity to revise Canadian evidence law. As our contribution to this revision process, we wish to raise with the Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs our concerns about several provisions of Bill S-33 relating to business records. It is our view that some major problems in current evidence law relating to computer-produced records are not addressed in the business records provisions of Bill S-33. As a result, we fear that Bill S-33, if enacted, will perpetuate existing uncertainty about the evidentiary status of computer-produced records. The opportunity to clarify the law in this area will have been lost.

.../2

-2-

II. The Problem of Foundation Evidence

For decades, special evidentiary rules have applied to the records of financial institutions. These rules developed because courts found that the records of financial institutions were highly reliable. In view of the accuracy of these records, it was determined that the staff of financial institutions need not be required to personally attend during court proceedings to prove the record.

An example of special legislation for this purpose is the Bankers' Books Evidence Act passed in the United Kingdom in 1879. A corresponding provision in Canadian law, first enacted in 1927, is currently set out in section 29 of the Canada Evidence Act. Section 29 provides that copies of bank records are admissible as prima facie proof of their contents. An affidavit signed by a bank manager attesting that (1) the book or record was, at the time of the making of the entry, one of the ordinary books or records of the financial institution, (2) the entry was made in the usual and ordinary course of business, (3) the book or record is in the custody or control of the financial institution, and (4) the copy is a true copy thereof, is sufficient to prove the record for the purpose of its admission as evidence.

-3-

In the years since section 29 was first enacted, the nature of bank records has changed considerably. In order to accommodate staggering volumes of daily transactions that exceed five million items each day, Canadian financial institutions have moved from manual to automated record-keeping and from long-term document storage to microfilm and microfile archive files. The computer is central to today's record-keeping system. Today, the vast majority of financial transactions are performed by automated means.

While section 29 of the Canada Evidence Act is well-suited to manually-produced records, difficulties arise when one seeks to apply section 29 to computer-produced records. The most important case illustrating this difficulty is the Ontario Court of Appeal decision in R v. McMullen.¹

The McMullen case determined that a computer printout of entries stored in a bank's computer fell within the scope of section 29. In effect, the court decided that a printout was a copy of the record contained in the computer. The court then went on to state that evidence about the

¹ R. v. McMullen (1978) 100 D.L.R. (3d) 671

-4-

reliability of the computer system would be required in order to satisfy the court that the printout was a "true copy" of the record contained in the computer system. In the words of Mr. Justice Morden of the Ontario Court of Appeal:

"I accept that the demonstration of reliability of computer evidence is a more complex process than proving the reliability of written records. I further accept that as a matter of principle a Court should carefully scrutinize the foundation put before it to support a finding of reliability, as a condition of admissibility ... The four conditions precedent provided for in (section 29)... have to be proven to the satisfaction of the trial Judge. The nature and quality of the evidence put before the Court has to reflect the facts of the complete record keeping process - in the case of computer records, the procedures and processes relating to the input of entries, storage of information, and its retrieval and presentation....If such evidence be beyond the ken of the manager, accountant or the officer responsible for the records... then a failure to comply with section 29(2) must result and the print-out evidence would be inadmissible."
(p.679)

-5-

An example of further consideration by the courts to the issue of the admissibility of computer-produced records is the more recent Ontario Court of Appeal decision in R v. Bell and Bruce.² The court in this case determined that the printout in question was an original, not a copy, because the inputted contents of the record had been intentionally erased in the computer system. Since the printout was considered an original, foundation evidence was not required to prove the reliability of the computer system.

Despite the Bell and Bruce judgment, the McMullen, decision continues as case law authority supporting the need for foundation evidence. It is, consequently, not clear to what extent foundation evidence about computer systems is required in order to establish a basis for admitting computer printouts as evidence in court proceedings. In our view, this question remains unresolved if Bill S-33 is enacted because section 130(c) of the Bill gives legislative force to the approach set out in the McMullen decision.

Section 130(c) of the Bill S-33 states that an "original" record means, in part,

² R v. Bell and Bruce (1982) 35 O.R. (2d) 164

-6-

(c) in relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output that reflects accurately the data or information or is the product of a system that does so.; (emphasis added)

Section 130(c) appears to express the intent that, in order to obtain the admission of a printout, it will be necessary to satisfy the court that the printout accurately reflects the data or information entered into the system. In order to demonstrate that a printout meets the requirements of section 130(c), it will be necessary for evidence to be given, orally or by affidavit, by bank employees attesting to the reliability of the system. The Bill fails to set out any detailed criteria as to the admissibility of computer printouts. Bill S-33 leaves the detailed criteria for authentication open for determination by the courts. Since the courts will have regard to the McMullen decision in developing these criteria, the lack of criteria in the Bill could result in the need for voluminous foundation evidence to prove the reliability of a computer system.

.../7

-7-

III. Reasons for Concern

The Canadian Bankers' Association has two principal concerns arising from the proposed section 130(c) of Bill S-33. First, the lack of direction to the courts with respect to foundation evidence about bank computer systems poses a potential danger to the security of those systems and customer data. Secondly, Bill S-33 is not clear about whether evidence to support the admissibility of computer-produced records can be presented by way of an affidavit prepared by a bank employee. As a result, more occasions may arise where bank personnel are required to give oral testimony in proceedings in which their banks are not involved. The inconvenience caused thereby would be inconsistent with the legislative purpose underlying section 29 of the Canada Evidence Act and return the banks to a position similar to that which existed prior to 1879.

IV. The Threat to Security

In our view, unless there is an express statutory provision protecting the secrecy of computer procedures, the possibility clearly exists that a court will be persuaded that certain information is relevant and therefore

-8-

compellable notwithstanding that disclosure of the information might be prejudicial to the security interests of the financial institution. For example, a court may seek answers to questions regarding methods of obtaining access to computer systems, the number of employees that can input into the system and receive information from it, the types of security checks performed to assure that employees will not misuse the information, and a host of other questions dealing with the potential for error and dishonesty affecting the computer system. If much of this information becomes a matter of public knowledge, efforts by financial institutions to maintain a high level of system security could be jeopardized.

Customers rely on financial institutions to maintain secure systems. The courts themselves have recognized that financial institutions are under a common law duty of confidentiality respecting customer data.³ This duty recognizes the fact that customers provide financial institutions with a large amount of sensitive information about themselves. In order to protect customer data and prevent unauthorized access to a financial institution's

³ Tournier v. National Provincial and Union Bank of England
(1924) 1 K.B. 461

-9-

computer system, it is necessary that all elements of the system be kept absolutely confidential. In order to enhance the level of safeguards, many financial institutions separate their computer systems into subsystems. Some of these subsystems are designed to test the security of the system while others actually provide the security. In many instances, it will not be possible to reveal in detail how printouts or intelligible output from computer equipment are produced without also revealing something about the procedures designed to provide security for the system.

There are no provisions of Bill S-33 setting limits to the kind of disclosure that a financial institution must make about its computer system. The possibility clearly exists that in some circumstances harmful disclosure might be required of a financial institution.

V. The Convenience Factor

Viewed in isolation, section 157 of Bill S-33 seems to give the records of financial institutions evidentiary status similar to that contained in section 29 of the Canada Evidence Act while section 155(2) appears to provide for the

-10-

use of affidavit evidence to prove a business record for the purpose of admission. Nevertheless, we are concerned that the courts might not regard affidavit evidence as a sufficient means of providing foundation evidence about a computer system. This concern arises from the apparent inconsistency that exists between sections 157 and 155(2) of the Bill on the one hand and section 130(c) on the other. It is not clear that affidavit evidence is acceptable to prove that a printout "reflects accurately" the data or information entered into the system. If affidavit evidence is not acceptable, oral testimony would be required to obtain admission of a computer produced record and the apparent underlying purpose of sections 157 and 155(2) of the Bill would be defeated.

Whereas it would have been inconvenient for bank personnel to give oral testimony concerning manually produced records, the inconvenience is compounded in the case of computer-produced records. For instance, many record-keeping systems cannot be attested to in their entirety by any one witness. The fact that no one person knows the whole system is an important security precaution. In order to prove the reliability of the whole system, therefore, more than one bank employee would be required to attend at court to give evidence. Also, the personnel who understand the system and

-11-

who, therefore, are likely to be called to give evidence, are not local branch personnel but rather staff members from regional data centres or head office systems departments who cannot be spared from their operational duties for long periods of time without serious cost and inconvenience.

We suggest that Bill S-33 should recognize the essential reliability of bank computer systems by facilitating the use of the affidavit procedure in relation to bank computer records. The reliability of these systems is evidenced by the vast volumes of transactions that pass through the banks' computer systems each day. If there is a defect in the system, this will soon be detected or come to light. The absence of any indication of a problem in the system at or about the time of the alleged offence should be sufficient proof to meet the standard of reliability established by section 130 (c).

For this reason, in our view, Bill S-33 should be drafted so that it is clear that the affidavit procedure for proving business records is available in the case of computer-produced records of financial institutions. In

-12-

addition, the Bill should set out specific criteria, the satisfaction of which would be sufficient to support the admissibility of computer-produced records by affidavit. These criteria should be such that it will be possible for a financial institution to meet the criteria in an affidavit by a branch officer without disclosing sensitive information about the institution's systems. If the Bill is amended in this manner, we feel that the underlying purpose of section 29 of the existing Canada Evidence Act and sections 157 and 155 (2) of the proposed Act will be preserved while, at the same time, removing some of the current uncertainty pertaining to the admissibility and proof of computer-produced records.

Examples of Criteria

It is remarkable to us that, although electronic data-processing is a central feature of modern record-keeping, Bill S-33 pays scant attention to these developments. Other jurisdictions have legislated specific criteria governing the admissibility of computer-produced records. Consequently, the changes we recommend to Bill S-33

-13-

are not without precedent. For instance, the report of the Federal/Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence, upon which Bill S-33 is purportedly based, suggested three criteria for the admissibility of computer evidence:

1. proof that the data upon which the computer record is based is of a type regularly supplied to the computer during the regular activities of the organization from which the record comes;
2. proof that the entries into the data base from which the record originates were made in the regular course of business; and
3. proof that the computer program used in producing the record reliably and accurately processes the data in the data base.

While the third criterion could conceivably result in the release of sensitive information about a bank's computer programs, the Task Force states in its report that it should be possible to satisfy this test by providing evidence of

-14-

business experience with the computer program over a period of time. In addition, the Task Force unanimously recommends that the criteria of admissibility be capable of proof by an authenticating affidavit based on the knowledge and belief of the affiant.

Another example of criteria for admissibility of computer-produced records is contained in section 5(2) of the Civil Evidence Act of the United Kingdom enacted in 1968. This provision sets out the following criteria of admissibility for computer printouts in court proceedings:

1. proof that the printout resulted from regular use of the computer for activities carried on;
2. proof that the computer was regularly supplied with information of the kind produced;
3. proof that the computer was operating properly, or that defective operation did not affect the accuracy of the computer, and,
4. proof that the information was derived from that supplied to the computer in the ordinary course of activities.

.../15

-15-

The inclusion in Bill S-33 of criteria of the sort suggested by the Task Force or set out in the U.K. Civil Evidence Act together with a provision clearly authorizing the submission of such evidence by affidavit would greatly improve the business records provisions of the Bill while not diminishing the rights of a party litigant before the courts.

Conclusion

Bill S-33 is the result of much time and effort and we expect that it will constitute the foundation of Canadian evidence law for many years to come. It is with some disappointment, therefore, that we note that areas of uncertainty under the existing Act remain unresolved. Our concern about the lack of criteria governing the admissibility of computer-produced records and our uncertainty about the use of the affidavit procedure does not exhaust the questions we have arising from Bill S-33. We are uncertain, for instance, about the status of a document produced by a system where a paper original has been destroyed, such as might occur with cheque truncation. Is the document an "original" within the meaning of section

-16-

130 (c) or is it a "copy" of an original to be dealt with according to section 133 (a) of Bill S-33? We note that the term "copy" in Bill S-33 is not defined despite the uncertainty associated with this word following the McMullen and Bell and Bruce decisions to which we have referred. In view of the frequency with which information in original documents is reproduced in different media while the original documentation is destroyed, as authorized in the case of banks by sections 157 and 159 of the Bank Act, we can only expect that further litigation will arise from a failure in Bill S-33 to take proper account of these aspects of the automated record-keeping process.

Bill S-33 offers an important opportunity to add a measure of certainty to Canadian evidence law. If further effort is made to address evidentiary issues arising from automated record-keeping practices along the lines we have suggested above, in our view, Bill S-33 will be greatly improved as a result. We, therefore, respectfully offer these comments and recommendations to you for your consideration.

abc

APPENDICE «55-A»

L'Association des banquiers canadiens

PROJET DE LOI S-33

LOI FÉDÉRALE DE 1982 SUR LA PREUVE

MÉMOIRE PRÉSENTÉ AU

COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES JURIDIQUES

ET CONSTITUTIONNELLES

MAI 1983

LOI FÉDÉRALE SUR LA PREUVE

I. PRÉAMBULE

Le projet de loi S-33 est une occasion exceptionnelle de réviser la Loi sur la preuve au Canada. Dans le but de contribuer à cette révision, nous désirons porter à l'attention du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles nos préoccupations concernant certaines dispositions du projet de loi S-33 relativement aux documents professionnels. Nous estimons que les dispositions du projet de loi S-33 concernant ces derniers passent sous silence diverses questions de la plus haute importance relativement à la preuve et qui concernent les documents intelligibles provenant de l'ordinateur. Pour cette raison, nous craignons que le projet de loi S-33, s'il est adopté, ne perpétue l'incertitude qui règne au sujet de l'admissibilité en preuve de tels documents. La chance de clarifier la loi à cet égard aura été perdue.

II. LE PROBLÈME DE LA PREUVE PRÉALABLE

Depuis des décennies, les documents professionnels des institutions financières font l'objet de règles particulières relativement à la preuve.

-2-

Cette situation s'explique du fait que les tribunaux ont reconnu la grande fiabilité des documents professionnels des institutions financières. En raison de l'exactitude de ces documents, il fut stipulé que les officiers des institutions financières ne pouvaient être contraints de témoigner relativement aux éléments y contenus dans les procédures judiciaires.

La Bankers' Books Evidence Act, une loi adoptée par le Parlement du Royaume Uni en 1879, est un exemple de législation spéciale à cet effet. Une disposition équivalente de la législation canadienne, sanctionnée pour la première fois en 1927, se retrouve dans l'article 29 de la Loi sur la preuve du Canada. Cet article stipule qu'une copie de toute inscription dans un livre ou registre tenu dans une institution financière est admise comme preuve prima facie de cette inscription. Un affidavit signé par un directeur de banque attestant que

- 1) le livre ou registre était, lors de l'inscription, l'un des livres ou registres ordinaires de l'institution financière,
- 2) que l'inscription a été effectuée dans le cours ordinaire des affaires,
- 3) que le livre ou registre est sous la garde ou la surveillance de l'institution financière, et
- 4) que cette copie en est une copie conforme, suffit pour la recevabilité en preuve du livre ou registre.

Or, depuis l'adoption de l'article 29, la nature des registres de banques a été considérablement modifiée.

-3-

En raison du volume considérable des transactions quotidiennes (plus de cinq millions par jour), les institutions financières canadiennes ont abandonné la tenue manuelle de livres ou de registres en faveur d'un système informatisé et au système d'emmagasiner à long terme des documents, elles ont substitué l'usage du microfilm et des dossiers d'archives sur microfilm. Les documents professionnels sont actuellement informatisés, comme le sont la grande majorité des transactions financières.

S'il est vrai que l'article 29 de la Loi sur la preuve du Canada s'applique bien aux registres conventionnels, c'est-à-dire ceux où les inscriptions sont faites à la main, des difficultés surgissent lorsqu'on tente d'appliquer cet article aux documents professionnels informatisés. La décision de la Cour d'Appel de l'Ontario dans R.v. McMullen¹ illustre ces difficultés de façon frappante.

Il fut établi dans la cause McMullen qu'une copie des données informatisées provenant de l'ordinateur, relevait de l'article 29, le tribunal ayant déclaré en effet que la copie provenant de l'ordinateur était une copie du document informatisé. Le tribunal ajoutait qu'une preuve de la fiabilité du système informatisé serait requise pour convaincre le tribunal que la copie provenant de l'ordinateur était une "copie véritable" du document professionnel informatisé. Voici ce que déclarait le juge Morden de la Cour d'Appel de l'Ontario:

(1). R. v. McMullen (1978) 100 D.L.R. (3e) 671

-4-

"Je conviens que démontrer la fiabilité du document informatisé est un processus plus complexe qu'établir la fiabilité des registres écrits. De plus, j'admets qu'en principe un tribunal devrait examiner attentivement les raisons qui lui sont soumises à l'appui de la fiabilité, comme condition de recevabilité... Il faut prouver à la satisfaction du président du tribunal que les quatre conditions qui apparaissent à l'article 29 ont été remplies. La nature et la qualité de la preuve soumise au tribunal doivent refléter tous faits inhérents à la garde des documents professionnels - dans le cas de documents informatisés, les procédures et le processus relatifs au contenu, à l'emmagasinement des données, à leur retrait et à leur présentation... Si une telle preuve ne peut pas être donnée par le directeur, le comptable, ou l'officier responsable des documents... alors il est clair qu'on ne peut satisfaire aux dispositions de l'article 29 (2) et la preuve du document informatisé sera irrecevable." (p.679)

Une décision plus récente de la Cour d'Appel de l'Ontario dans la cause R v. Bell and Bruce² est un autre cas où un tribunal a dû étudier la question de la recevabilité de documents informatisés.

(2). R. v. Bell and Bruce (1982) 35 O.R. (2e) 164

-5-

Dans cette cause, le tribunal a décrété que le document intelligible en question était un original, et non une copie, parce que les éléments du document emmagasinés dans l'ordinateur en avaient été intentionnellement effacés. Le document intelligible provenant de l'appareil étant considéré comme l'original, aucune preuve préalable ne fut requise pour prouver la fiabilité du système informatisé.

En dépit du jugement rendu dans la cause Bell and Bruce, la décision dans la cause McMullen demeure matière de jurisprudence en ce qui concerne la preuve préalable. Par conséquent, la mesure dans laquelle une preuve préalable relativement aux systèmes informatisés est requise pour établir la recevabilité des documents intelligibles provenant de l'ordinateur dans les procédures judiciaires, n'est pas claire. À notre avis, cette question restera sans réponse si le projet de loi S-33 est adopté dans sa forme actuelle, parce que l'article 130 (c) de ce projet fait passer dans la législation la façon dont le problème fut abordé dans la cause McMullen.

L'article 130 (c) du projet de loi déclare qu'un document "original" constitue en partie,

- c) relativement à des données informatisées, tout document intelligible provenant de l'appareil où elles sont emmagasinées et qui les reflète fidèlement ou qui est le produit d'un système qui donne le même résultat.

-6-

L'article 130 (c) semble indiquer que pour établir la recevabilité d'un document intelligible provenant d'un ordinateur, il faille démontrer à la satisfaction du tribunal que le document intelligible reflète exactement les données informatisées confiées au système. Pour qu'un document intelligible se conforme aux conditions de l'article 130 (c), il faudrait que des employés de la banque témoignent oralement ou par déclaration sous serment de la fiabilité du système. Le projet de loi ne contient aucun critère quant à la recevabilité des documents intelligibles provenant de l'ordinateur, et il laisse aux tribunaux le soin de définir les critères détaillés pour établir leur authenticité. Etant donné que les tribunaux tiendront compte de la décision rendue dans la cause McMullen pour développer ces critères, l'absence de critères dans le projet de loi lui-même pourrait rendre nécessaire une volumineuse preuve préalable sur la fiabilité du système informatisé.

III. PRÉOCCUPATIONS JUSTIFIÉES

L'Association des banquiers canadiens émet deux réserves importantes sur l'article 130 (c) du projet de loi S-33. En premier lieu, l'absence de toute directive aux tribunaux concernant la preuve préalable relativement aux systèmes informatisés des banques peut constituer une menace à la sécurité de ces systèmes et à la confidentialité des données de la clientèle. En deuxième lieu, le projet de loi S-33 n'indique pas clairement si les preuves à l'appui de la recevabilité de dossiers provenant de l'ordinateur peuvent être présentées par le biais d'une déclaration sous serment d'un employé de banque.

-7-

Par conséquent, il pourrait arriver que des employés bancaires soient contraints de témoigner oralement dans des procédures judiciaires n'impliquant pas leur banque. C'est là un inconvénient incompatible avec l'intention que visait le législateur dans l'article 29 de la Loi sur la preuve du Canada et les banques se retrouveraient dans une position analogue à celle qui existait avant 1879.

IV. DANGER POUR LA SÉCURITÉ

À notre avis, en l'absence de dispositions statutaires précises pour protéger la confidentialité des fonctions informatisées, il sera toujours possible de persuader un tribunal de la pertinence d'une information, et celle-ci deviendra par conséquent contraignable, nonobstant le fait que sa divulgation pourrait nuire à la sécurité de l'institution financière. Un tribunal voudrait la réponse à des questions portant sur les méthodes utilisées pour donner accès aux systèmes informatisés, sur le nombre des employés qui peuvent y introduire des éléments ou en retirer, sur le genre de vérifications sécuritaires destinées à empêcher les employés d'abuser de l'information ainsi obtenue, ainsi qu'à un grand nombre d'autres interrogations relatives aux possibilités d'erreurs ou aux actes de malhonnêteté qui pourraient affecter le système informatisé. Si une partie importante des renseignements ainsi requis est portée à la connaissance du public, la sécurité des systèmes mis en place par les institutions financières pourrait être menacée.

-8-

Les clients confient aux institutions financières la responsabilité de la sécurité de leurs systèmes. En outre, les tribunaux eux-mêmes reconnaissent que les institutions financières ont le devoir de respecter la confidentialité des données de la clientèle³. Ce devoir est inhérent au fait que les clients fournissent aux institutions financières une vaste quantité d'informations importantes les concernant. Afin de protéger les données de la clientèle et d'empêcher l'accès non autorisé aux systèmes informatisés des institutions financières, tous les éléments du système doivent être entourés de la confidentialité la plus absolue. Pour ce faire, un grand nombre d'institutions financières compartimentent leurs systèmes informatisés en sous-systèmes, dont certains ont seul rôle d'éprouver la sécurité du système principal, alors que d'autres fournissent les éléments de sécurité. Dans nombre de cas, il serait impossible de révéler en détail la façon dont les documents intelligibles provenant de l'ordinateur sont obtenus, sans dévoiler, en même temps, certains détails essentiels au maintien de la sécurité des systèmes.

Il n'existe, dans le projet de loi S-33, aucune restriction sur la divulgation qui peut être exigée d'une institution financière relativement à son système informatisé. Il est clair qu'en certaines circonstances, une institution financière pourrait être forcée à une divulgation susceptible de lui causer un tort.

(3). Tournier V. National Provincial and Union Bank of England, (1924) I.K.B. 461

V. LE FACTEUR GÊNE

Considéré isolément, l'article 157 du projet de loi S-33 semble reconnaître aux documents professionnels des institutions financières une qualité de preuve analogue à celle que contient l'article 29 de la Loi sur la preuve au Canada, alors que l'article 155 (2) semble requérir une déclaration sous serment lorsqu'une partie fait preuve de l'authenticité ou de l'exactitude d'un document professionnel. Néanmoins, nous craignons que les tribunaux ne considèrent pas la déclaration sous serment comme suffisante pour constituer une preuve préalable relativement à un système informatisé. Cette crainte se fonde sur l'apparente incohérence entre les articles 157 et 155 (2) du projet de loi d'une part et de l'article 130 (c) d'autre part. Il n'est pas clair que la déclaration sous serment soit recevable comme preuve qu'un document intelligible provenant de l'ordinateur "reflète avec exactitude" les données ou l'information confiées au système. Or, si la déclaration sous serment n'est pas recevable, un témoignage oral serait requis pour établir l'authenticité d'un document intelligible provenant de l'ordinateur, ce qui serait contraire à l'objectif fondamental apparent des articles 157 et 155 (2) du projet de loi.

Il s'avérerait déjà gênant pour les employés bancaires d'être contraints à témoigner de l'authenticité des documents professionnels produits à la main, mais le cas serait aggravé dans le cas des documents intelligibles provenant de l'ordinateur.

-10-

En effet, dans la plupart des cas, il est presque impossible pour une seule personne de témoigner relativement à un système informatisé dans son ensemble. Pour des raisons de sécurité, une personne peut difficilement connaître un système informatisé en entier. Par conséquent, pour témoigner de la fiabilité du système dans son ensemble, plusieurs employés bancaires seraient contraints de déposer devant le tribunal. De plus, les personnes qui connaissent le système et qui, par conséquent, seraient susceptibles d'être appelées à déposer, ne sont pas des employés d'une succursale locale, mais des employés des centres de données régionaux, du siège social, dont on ne peut se dispenser des services pour des périodes prolongées sans inconvénient sérieux et perte financière pour la banque.

Nous recommandons que le projet de loi S-33 présume de la fiabilité essentielle des systèmes informatisés des banques en acceptant le recours à la procédure de la déclaration sous serment pour les documents professionnels informatisés. D'ailleurs, la fiabilité des systèmes bancaires est prouvée par le volume énorme de transactions qu'ils acceptent chaque jour. Si un système comportait une faiblesse, celle-ci ne tarderait pas à être détectée ou à se manifester. S'il n'est pas indiqué qu'un système était perturbé par un incident le jour ou vers l'époque du soi-disant délit, la preuve devrait être faite que le système fonctionnait conformément à la norme de fiabilité établie à l'article 130 (c).

-11-

Pour cette raison, le projet de loi S-33 devrait être rédigé de façon à établir clairement que la procédure de la déclaration sous serment est applicable pour établir l'authenticité des documents professionnels des documents informatisés des institutions financières. De plus, le projet de loi devrait comporter des critères précis, qui seraient suffisants pour établir la recevabilité de documents informatisés par déclaration sous serment. Une institution financière devrait pouvoir satisfaire à ces critères au moyen d'une déclaration sous serment par un représentant de succursale, sans qu'il soit nécessaire de divulguer des informations importantes relativement aux systèmes de l'institution. Si le projet de loi est modifié en tenant compte de ces recommandations, nous estimons que le but essentiel de l'article 29 de la Loi sur la preuve au Canada déjà existante et les articles 157 et 155 (2) de la Loi envisagée, sera atteint, et qu'en même temps sera dissipée toute incertitude quant à la recevabilité et à la valeur en preuve des documents informatisés.

EXEMPLES DE CRITÈRES

Nous trouvons étrange que le projet de loi S-33 accorde si peu d'importance au traitement informatique des données, bien que celui-ci soit au centre de la documentation moderne. D'autres paliers de gouvernement ont établi à l'intérieur de leurs lois des critères précis quant à la recevabilité des documents informatisés.

-12-

Les modifications que nous recommandons au projet de loi S-33 ne sont donc pas sans précédent. Par exemple, le rapport du Groupe de travail fédéral/provincial sur l'uniformisation des règlements de la preuve, et sur lequel le projet de loi S-33 est censément fondé, recommande trois critères pour la recevabilité de la preuve informatisée:

1. Preuve que les données à la base du document provenant de l'ordinateur répondent au type de données qui sont ordinairement introduites dans l'ordinateur dans le cours des activités ordinaires de l'organisation de laquelle provient le document;
2. Preuve que les éléments de la banque de données dont est tiré le document ont été introduits dans le cours ordinaire des affaires; et
3. Preuve que la programmation informatisée utilisée dans la production du document reflète fidèlement et de façon juste le contenu de la banque de données.

Même si le troisième critère pourrait avoir pour résultat de livrer à la connaissance du public certains renseignements importants au sujet de la programmation informatisée d'une banque, le Groupe de travail estime, dans son rapport, que le critère pourrait être satisfait en donnant une preuve de la fiabilité de la programmation de l'ordinateur sur une certaine période.

-13-

De plus, le Groupe de travail est unanime à recommander que les critères de recevabilité puissent être satisfaits par le biais d'une déclaration sous serment d'authenticité dans les limites des connaissances et du jugement de la personne qui prête le serment.

Un autre exemple de critères relatifs à la recevabilité des documents provenant de l'ordinateur se trouve dans l'article 5 (2) de la Civil Evidence Act du Royaume Uni adoptée en 1968. Cette disposition énumère les critères suivants quant à la recevabilité des documents intelligibles provenant de l'ordinateur, dans les procédures judiciaires:

1. Preuve que le document intelligible provient de l'utilisation ordinaire de l'ordinateur pour les activités exercées;
2. Preuve que l'ordinateur a reçu ordinairement des éléments d'information de la nature de ceux produits;
3. Preuve que l'ordinateur fonctionnait correctement, ou que le bon fonctionnement de l'ordinateur ne fut pas diminué par une opération défectueuse, et,
4. Preuve que l'information a dérivé de celle fournie à l'ordinateur dans le cours normal des activités.

-14-

L'addition au projet de loi S-33 de critères semblables à ceux suggérés par le Groupe de travail ou contenus dans la Civil Evidence Act du Royaume Uni ainsi que d'une disposition autorisant clairement que la preuve peut être faite par déclaration sous serment, améliorerait grandement les dispositions du projet quant aux documents professionnels sans atteinte aux droits d'une partie plaidante.

-15-

CONCLUSION

Beaucoup de temps et de travail ont été consacrés à la préparation du projet de loi S-33 qui, sans doute, constituera le fondement de la Loi sur la preuve au Canada pour un grand nombre d'années. C'est par conséquent avec regret que nous avons constaté qu'aucune solution n'a été apportée à certains points obscurs de la loi actuelle. Nous avons exprimé nos préoccupations concernant l'absence de critères quant à la recevabilité de documents provenant de l'ordinateur et l'incertitude qui règne à propos de la déclaration sous serment, mais nos questions ne s'arrêtent pas là. Nos doutes persistent, par exemple, au sujet du statut d'un document provenant d'un système à l'intérieur duquel l'original en papier aurait été détruit, ce qui peut se produire dans le cas de la restriction du chèque. Le document est-il un "original" au sens de l'article 130 (c) ou devient-il une "copie" qui doit être traitée selon les dispositions de l'article 133 (a) du projet de loi S-33. Nous avons noté que le projet de loi S-33 ne définit pas le mot "copie" en dépit de l'incertitude attachée à ce mot par suite des décisions dans les causes McMullen et Bell and Bruce, auxquelles nous avons fait allusion. En raison de la fréquence avec laquelle l'information contenue dans des documents originaux est reproduite alors que la documentation originale est détruite, tel que prévu pour le cas des banques aux articles 157 et 159 de la Loi sur les banques, nous prévoyons que d'autres litiges se produiront en raison du fait que le projet de loi S-33 ne tient pas suffisamment compte de ces aspects de la documentation informatisée.

-16-

Le projet de loi S-33 constitue une occasion importante d'apporter certains éclaircissements à la Loi sur la preuve au Canada. Nous croyons que ce projet serait grandement amélioré si un effort était fait pour tenir compte de nos suggestions quant à l'admissibilité en preuve des documents informatisés. Nous soumettons respectueusement ces commentaires et ces recommandations à votre considération.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESSES—TÉMOINS

From the Canadian Bankers' Association:

Robert MacIntosh, President;
Donald R. Brown, Q.C., Chairman, Legal Affairs
Committee;
Bradley Crawford, Legal Counsel to the Association;
Glenn Higginbotham, Chairman, Task Force on Evidence.

De l'Association des banquiers canadiens:

Robert MacIntosh, président;
Donald R. Brown, c.r. président, Comité des affaires
juridiques;
Bradley Crawford, avocat-conseil de l'Association;
Glenn Higginbotham, président, Groupe d'étude sur la
preuve.

24
32



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Wednesday, May 11, 1983

Le mercredi 11 mai 1983

Issue No. 56

Fascicule n° 56

Complete proceedings on:

Bill S-35, intituled: "An Act to incorporate
the Eparch of the Eparchy of Saints Cyril
and Methodius of Slovaks of the Byzantine
Rite in Canada"

Seul et unique fascicule concernant:

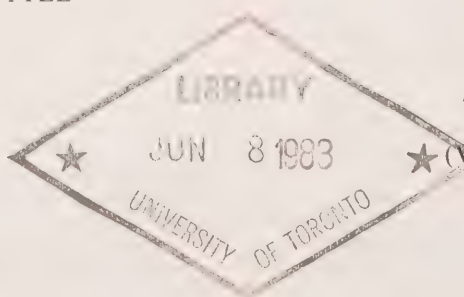
Le projet de loi S-35 intitulé: «Loi constituant en société
l'éparque de l'éparchie des Saints Cyrille et Méthode
des Slovaques de rite byzantin au Canada».

REPORT OF THE COMMITTEE

RAPPORT DU COMITÉ

WITNESSES:
(See back cover)

TÉMOINS:
(Voir à l'endos)



THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate,
Thursday, April 21, 1983:

"Pursuant to the Order of the Day, the Honourable Senator Bosa moved, seconded by the Honourable Senator Cottreau that the Bill S-35, intituled: "An Act to incorporate the Eparch of the Eparchy of Saints Cyril and Methodius of Slovaks of the Byzantine Rite in Canada", be read the second time.

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Bosa moved, seconded by the Honourable Senator Cottreau, that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat du jeudi 21 avril 1983:

«Suivant l'Ordre du jour, l'honorable sénateur Bosa propose, appuyé par l'honorable sénateur Cottreau, que le Projet de loi S-35, intitulé: «Loi constituant en société l'éparque de l'éparchie des Saints Cyrille et Méthode des Slovaques de rite byzantin au Canada», soit lu la deuxième fois.

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le projet de loi est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Bosa propose, appuyé par l'honorable sénateur Cottreau, que le projet de loi soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

WEDNESDAY, MAY 11, 1983
(79)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:04 p.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Deschatelets, Donahoe, Haidasz, Macquarrie, Robichaud and Rousseau. (9)

Other Senator present: The Honourable Paul Yuzyk.

In attendance: Mr. R. L. du Plessis, Law Clerk and Parliamentary Counsel.

Witnesses:

The Very Reverend Michael Rusnak, petitioner and Mr. I. A. McEwan, Q.C., Legal Counsel for the petitioner.

The Committee considered Bill S-35 intituled: "An Act to incorporate the Eparch of the Eparchy of Saints Cyril and Methodius of Slovaks of the Byzantine Rite in Canada."

Mr. McEwan made a statement and with the other witness answered questions.

On Motion of Senator Bosa, it was agreed,—That the Chairman report the Bill without amendment.

At 5:35 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Paul Belisle

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE MERCREDI 11 MAI 1983
(79)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 h 04 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Deschatelets, Donahoe, Haidasz, Macquarrie, Robichaud et Rousseau. (9)

Autre sénateur présent: L'honorable Paul Yuzyk.

Aussi présent: M. R. L. du Plessis, légiste et conseiller parlementaire.

Témoins:

Le très révérend Michael Rusnak, pétitionnaire, et M. I. A. McEwan, c.r., conseiller juridique du pétitionnaire.

Le Comité étudie le projet de loi S-35 intitulé: «Loi constituant en société l'éparque de l'éparchie des Saints Cyrille et Méthode des Slovaques de rite Byzantin au Canada».

Monsieur McEwan fait une déclaration et répond aux questions avec l'autre témoin.

Sur motion du sénateur Bosa, il est convenu—Que le président fasse rapport du projet de loi sans amendement.

A 17 h 35, Le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

REPORT OF THE COMMITTEE

Thursday, May 12, 1983

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-35, intituled "An Act to incorporate the Eparch of the Eparchy of Saints Cyril and Methodius of Slovaks of the Byzantine Rite in Canada", has in obedience to the Order of Reference of Thursday, April 21, 1983, examined the said Bill and now reports the same without amendment.

Respectfully submitted,

RAPPORT DU COMITÉ

Le jeudi 12 mai 1983

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel on a déféré le Projet de loi S-35 intitulé: «Loi constituant en société l'éparque de l'éparchie des Saints Cyrille et Méthode des Slovaques de rite byzantin au Canada», a, conformément à l'ordre de renvoi du jeudi 21 avril 1983, examiné ledit Projet de loi et en fait maintenant rapport sans amendement.

Respectueusement soumis,

Le président

Joan B. Neiman

Chairman

EVIDENCE

Ottawa, Wednesday, May 11, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-35, to incorporate the Eparch of the Eparchy of Saints Cyril and Methodius of Slovaks of the Byzantine Rite in Canada, met this day at 4.00 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (Chairman) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, today we are considering Bill S-35, to incorporate the Eparch of the Eparchy of Saints Cyril and Methodius of Slovaks of the Byzantine Rite in Canada.

As honourable senators are aware, Senator Bosa presented this bill in the Senate. In order to consider the bill, we have invited the Very Reverend Michael Rusnak, the petitioner named in the bill. We have also invited his legal counsel, Mr. McEwan.

Mr. McEwan, do you have a statement you would like to make?

Mr. I. A. McEwan, Q.C., Legal Counsel to the Petitioner: I am prepared to make an opening statement.

The Chairman: Then please proceed.

M. McEwan: Madame le président, honorables sénateurs, j'espère que vous allez excuser ma voix enrhumée car j'ai en plus, une laryngite qui est lamentable.

De plus, j'espère que vous allez, avec une patience toute maternelle, sans l'aide de l'interprétation simultanée, comprendre mes rudes accents calédoniens.

Madam Chairman, honourable senators, I am appearing today on behalf of the Very Reverend Michael Rusnak, the Eparch of the Eparchy of Saints Cyril and Methodius of Slovaks of the Byzantine Rite in Canada, the petitioner praying for the passage of Bill S-35.

At the outset, let me say that I am indebted to Senator Bosa for having provided such a concise resumé of the bill in his speech which is reported in the *Debates of the Senate* of Thursday, April 21, 1983. In facilitating my task, he has, perhaps, also rendered it somewhat more difficult since he has not left me a great deal to say.

You will all be well aware that the early Christian church spread around the Mediterranean basin eastward towards what was then Byzantium and across that sea to Rome. Both of those cities became strong centres of development and impressed upon the early Christian church their own cultural idiosyncrasies and influences, largely in matters of ritual, but also, in some cases, in matters of dogma and doctrine. The Latin or Roman rite flourished and became what we now refer to as the Roman Catholic Church; the Eastern Church is represented today, in large part, by the Eastern Orthodox Church. In that, there are the Greek Orthodox Church and the Russian Orthodox Church.

Between those two are numerous smaller groupings, national and other, which continue to owe their spiritual allegiance to one or the other of those two major churches.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mercredi 11 mai 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-35, «Loi constituant en société l'éparque de l'éparchie des saints Cyrille et Méthode des Slovaques de rite byzantin au Canada», se réunit aujourd'hui à 16 heures pour étudier le projet de loi.

Le sénateur Joan Neiman (président) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, nous étudions aujourd'hui le projet de loi S-35, Loi constituant en société l'éparque de l'éparchie des saints Cyrille et Méthode des Slovaques de rite byzantin au Canada.

Les honorables sénateurs savent sans doute que le sénateur Bosa a présenté ce projet de loi au Sénat. Afin d'en faire l'étude, nous avons invité le Très Révérend Michael Rusnak, le pétitionnaire nommé dans le projet de loi. Nous avons aussi invité son conseiller juridique, M. McEwan.

Monsieur McEwan, aimeriez-vous faire une déclaration?

M. I. A. McEwan, c.r., conseiller juridique du pétitionnaire: J'aimerais faire une déclaration préliminaire.

Le président: Alors, vous avez la parole.

Mr. McEwan: Madam Chairman, Honourable Senators, I hope you will excuse the voice of a cold-sufferer who also has dismal laryngitis.

Moreover I hope that with truly maternal patience and a little help from the simultaneous interpretation you will be able to understand my coarse Caledonian accent.

Madame le président, honorables sénateurs, je compare aujourd'hui au nom du Très Révérend Michael Rusnak, éparque de l'éparchie des Saints Cyrille et Méthode des Slovaques de rite byzantin au Canada, le pétitionnaire sollicitant l'adoption du projet de loi S-35.

Permettez-moi d'exprimer tout d'abord ma reconnaissance au sénateur Bosa d'avoir fait un résumé si concis du projet de loi dans son allocution au Sénat, qui a été publiée dans les *Débats du Sénat* du jeudi 21 avril 1983. En facilitant ainsi ma tâche, il l'a peut-être aussi rendue quelque peu difficile, étant donné que je n'ai pas grand chose à ajouter.

Vous savez tous sans doute que l'Église chrétienne a pris naissance dans le bassin méditerranéen, pour s'étendre vers l'est du côté de ce qui était alors Bizance et de l'autre côté de la Méditerranée vers Rome. Ces deux villes sont devenues des centres importants, et l'Église chrétienne qui en était à ses débuts a subi leur influence culturelle, principalement en ce qui concerne les rites, mais aussi, dans certains cas, les dogmes et la doctrine. L'Église latine ou romaine était en plein essor et est devenue l'Église catholique romaine; la chrétienté d'Orient est représentée aujourd'hui en grande partie par l'Église orthodoxe d'Orient. L'Église orthodoxe grecque et l'Église orthodoxe russe en font partie.

Permi celles-ci, il y a de nombreux groupes plus petits, nationaux et autres, qui continuent de donner leur allégeance spirituelle à l'une ou l'autre de ces deux grandes Églises.

[Text]

The Slovaks of the Byzantine rite, my clients today, while in communion with the Holy See of Rome, retain, nevertheless, much of their ritual, the nomenclature of their hierarchy, and some of their customs, including, as I found out, a certain independence of thought in non-doctrinal matters! It all forms part of a "Joseph's coat of many colours."

The eparch is, in every way, a bishop, and his eparchy is his diocese. He is appointed by Papal bull. The petitioner's eparchy is of recent origin having been created in 1980 to meet the specific needs of Slovaks of the Byzantine rite in Canada.

Since the Slovaks in Canada are widely dispersed, his territorial jurisdiction encompasses, in effect, all of Canada. He has parishes and clergy in the provinces of Quebec, Ontario, Manitoba, Alberta and British Columbia. That is one reason we sought a federal incorporation and not a provincial one.

In accordance with Church law—Canon law—and practice, the ownership of these and any future acquired church properties should be vested in the bishop or the eparch, in his capacity as such, and in his successors in that office.

In the case of the Anglican Church, this has been the law in England for centuries. To give effect to it, the concept of a corporation sole developed, and has been imported into Canadian law—that is, the religious office held by an incumbent had been incorporated, and the office became a corporation without share capital, having as its only member, if that is the proper word, at any time, the holder of that particular office and, in due course, his successors in office. Perpetual succession, therefore, was assured.

So, when a bishop or an eparch dies, if there has been a corporation sole created, the ownership of the church property remains unchanged. It does not go with his estate, nor does it get involved with his estate. It is there, the successor is appointed, and it continues.

In Canada, we have found several examples of the use of this legal device for a variety of purposes. The first and most obvious one is the Queen who, in common law, is a corporation sole. The Governor Gen of Canada is another corporation sole.

I think that, by statute, the Director responsible to the Minister of Veterans Affairs under the Veterans Land Act is also a corporation sole.

I could go on indefinitely, but I see no need to. I believe Senator Bosa's speech addressed the matter in great detail. Therefore, I respectfully pray with the petitioner that the petition be granted.

Naturally, if there are any questions I should be happy to field those that I can, and those that I cannot, I would be happy to pass to the petitioner.

Senator Haidasz: Madam Chairman, I should like to associate myself with your greetings to our witness, the Very Reverend Michael Rusnak, Eparch of the newly founded Eparchy of Saints Cyril and Methodius. First of all, I should like to

[Traduction]

Les Slovaques de rite byzantin, mes clients, que je représente aujourd'hui, tout en étant en communion apostolique avec le Saint-Siège de Rome, n'en ont pas moins conservé une grande partie de leurs rites, leur hiérarchie, et certaines de leurs coutumes, y compris une certaine indépendance de pensée en ce qui concerne des questions non doctrinales, comme je m'en suis rendu compte. Tout cela fait partie de «nombreux ornements de la tunique de Joseph».

L'éparque est en quelque sorte l'équivalent d'un évêque, et son éparchie d'un diocèse. Il est nommé en vertu d'une bulle papale. L'éparchie du pétitionnaire est récente, ayant été créée en 1980 pour satisfaire aux besoins spirituels et religieux des Slovaques de rite byzantin au Canada.

Étant donné que les Slovaques sont très dispersés au Canada, sa juridiction territoriale s'étend, en fait, à tout le Canada. Il compte des paroisses et un clergé au Québec, en Ontario, au Manitoba, en Alberta et en Colombie-Britannique. C'est la raison pour laquelle nous demandons que l'éparchie soit incorporée par le Canada et non par l'une des provinces.

Selon le droit ecclésiastique—le droit canon—et dans la pratique, la possession de tous les biens meubles ou immeubles actuels et futurs acquis par l'Église devrait être investie à l'évêque ou à l'éparque, à ce titre, ainsi qu'à ses successeurs.

En ce qui concerne l'Église anglicane, cette loi existe en Angleterre depuis des siècles. Afin de l'appliquer, on a conçu l'idée d'une société unipersonnelle, qui a été incorporée dans le droit canadien—c'est-à-dire que la fonction religieuse détenue par un haut dignitaire a été constituée en société et que cette fonction est devenue une société sans capital-actions, ayant comme seul membre le titulaire de cette fonction particulière et ses successeurs. La succession perpétuelle est donc assurée.

Donc, au moment du décès d'un évêque ou d'un éparque, si une société unipersonnelle a été créée, la possession des biens de l'Église demeure inchangée. Les biens ne font pas partie de sa succession et n'ont rien à voir avec celle-ci. Cette société existe, un successeur est nommé, et elle continue d'exister.

On trouve au Canada de nombreux exemples de ces sociétés unipersonnelles pour diverses raisons. La première, et la plus évidente, est celle constituée de la Reine qui, en common law, est une société unipersonnelle. Le Gouverneur général du Canada en est une autre.

Je crois que, selon la loi, sur les terres destinées aux anciens combattants, le Directeur responsable auprès du ministre des affaires Anciens combattants est aussi une société unipersonnelle.

Je pourrais poursuivre indéfiniment, mais je n'en vois pas la nécessité. Je crois que le sénateur Bosa l'a expliqué en détail dans son allocution. Par conséquent, conjointement avec le pétitionnaire, je sollicite respectueusement l'adoption du projet de loi.

Naturellement, s'il y a des questions, je serai heureux d'y répondre et si parfois je ne le pouvais pas, le pétitionnaire, s'en chargerait avec plaisir.

Le sénateur Haidasz: Madame le président, j'aimerais me joindre à vous pour souhaiter la bienvenue à notre témoin, le Très Révérend Micheal Rusnak, éparque de la nouvelle éparchie des Saints Cyrille et Méthode. D'abord, j'aimerais attirer

[Text]

draw your attention to a mistake in the spelling of the eparch's name in the firstline of Bill S-35. It is spelled R-u-s-n-a-c-k. The "c" should be deleted.

The Chairman: We will make a note of that. I see that the name appears in more than one place.

Mr. McEwan: We are aware that the name is spelled incorrectly in the bill. We picked that up.

Senator Haidasz: Madam Chairman, I should like to ask the eparch when he was canonically appointed as a bishop of the Catholic Church. You are now, I presume, the first eparch of the Saints Cyril and Methodius Eparchy, but you were a bishop before being installed as the eparch of this eparchy.

Very Reverend Michael Rusnak, Petitioner: I was consecrated bishop in Toronto in 1965. For about 15 years I was the auxiliary to the Ukrainian Catholic bishop; that was up until 1980. I was then appointed the eparch of the newly established eparchy for the Slovaks of the Byzantine rite.

Senator Haidasz: I presume, Your Excellency, that you were appointed bishop by His Holiness Pope Paul VI.

Bishop Rusnak: Yes, we are Catholic like Roman Catholics except that our liturgical rite is different from the Catholic rite. We are Catholics, and our head is the Pope. We have the same faith as Catholics.

Senator Haidasz: I presume that your eparchy was established under the authority of Pope John Paul II by a special papal bull.

Bishop Rusnak: Yes.

Senator Haidasz: When was that bull issued?

Bishop Rusnak: It was issued on October 13, 1980.

Senator Asselin: I notice you are not wearing your cross.

Bishop Rusnak: I was concerned because I was staying in a hotel and I did not want to lose it. I did not take it to Rome for the same reason.

Senator Asselin: It is just as well that Senator Bosa knows you.

Senator Haidasz: May I now ask His Excellency where his cathedral and his office are situated in Canada?

Bishop Rusnak: Right now we just have a pro-cathedral because we are in the process of building a new cathedral. We are using St. Mary's Church on Shaw Street in Toronto. We are planning to start building a cathedral this fall or early next year.

Senator Haidasz: Is that in the town of Markham?

Bishop Rusnak: Yes, in the town of Markham.

Senator Haidasz: How many faithful do you have who adhere to your eparchy?

Bishop Rusnak: That is a real mystery because Canada is a huge country, and it is very hard to count all of those people. Genly speaking, in Canada we have about 150,000 Slovaks, and I would say that about half of them are Greek Catholics.

[Traduction]

votre attention sur une faute d'orthographe dans le nom de l'éparque à la première ligne du projet de loi S-35. Il est écrit R-u-s-n-a-c-k. Le «c» devrait être supprimé.

Le président: Nous en prenons note. Je vois que le nom figure à plusieurs endroits.

M. McEwan: Nous étions au courant que le nom était mal orthographié dans le projet de loi. Nous l'avions remarqué.

Le sénateur Haidasz: Madame le président, j'aimerais que l'éparque nous dise quand il a été nommé évêque de l'Église catholique. Vous êtes maintenant, je suppose, le premier éparque de l'éparchie des saints Cyrille et Méthode, mais vous étiez évêque avant d'être installé comme éparque.

Le très révérend Michael Rusnak (pétitionnaire): J'ai été consacré évêque à Toronto en 1965. Pendant environ 15 ans j'ai été l'auxiliaire de l'évêque catholique ukrainien, soit jusqu'en 1980. J'ai alors été nommé éparque de l'éparchie nouvellement établie pour les Slovaques de rite byzantin.

Le sénateur Haidasz: Je suppose, Votre Excellence, que vous avez été nommé évêque par Sa Sainteté le pape Paul VI.

M. Rusnak: Oui, nous sommes catholiques comme les catholiques romains, sauf que notre rite liturgique diffère du rite catholique. Nous sommes catholiques, et notre chef spirituel est le pape. Nous avons la même foi que les catholiques.

Le sénateur Haidasz: Je suppose que votre éparchie a été établie par le pape Jean Paul II par une bulle papale spéciale.

M. Rusnak: Oui.

Le sénateur Haidasz: Quand cette bulle a-t-elle été émise?

M. Rusnak: Le 13 octobre 1980.

Le sénateur Asselin: J'ai remarqué que vous ne portiez pas votre croix.

M. Rusnak: Étant donné que j'étais à l'hôtel je craignais de la perdre. Je n'ai pas voulu la porter à Rome pour la même raison.

Le sénateur Asselin: C'est une chance que le sénateur Bosa vous connaisse.

Le sénateur Haidasz: Puis-je demander à Son Excellence où sont situés sa cathédrale et son bureau au Canada?

M. Rusnak: Actuellement, nous n'avons que des locaux temporaires parce que nous allons construire une nouvelle cathédrale. Nous utilisons l'église St. Mary sur la rue Shaw à Toronto. Nous avons l'intention de commencer la construction d'une cathédrale cet automne ou au début de l'année prochaine.

Le sénateur Haidasz: Est-ce dans la ville de Markham?

M. Rusnak: Oui.

Le sénateur Haidasz: Combien de fidèles adhèrent à votre éparchie?

M. Rusnak: C'est un vrai système parce que le Canada est un pays très vaste et qu'il est très difficile de les compter. De façon générale il y a au Canada environ 150 000 Slovaques et

[Text]

Not all of them practise, but they are originally of the Byzantine Rite.

Senator Haidasz: How many churches and priests do you have serving your eparchy?

Bishop Rusnak: Right now I have about 12 parishes where services are held regularly every Sunday, and where there is a priest or a visiting priest. We have seven priests right now who are serving those 12 parishes. Once or twice a year or once a month I go and visit the parishes or the little communities which do not have a priest. We still have contact with them, and we publish magazines and send them to them. We hope to get more priests and establish new parishes in Canada, especially in western Canada.

Senator Haidasz: Who is the chancellor of your eparchy?

Bishop Rusnak: The chancellor is Monsignor Andrew Sinal. He is a pastor in Montreal.

Senator Macquarrie: I would not presume to speak for the Presbyterian Church in Canada although, over the last few days, I have been an officer of that body. I have never loaded them down with the burden of my utterances any more than I have the Conservative Party of Canada.

If I may say so, I am not used to being in the company of an eparch. In fact, we in the Presbyterian Church are very grudging to our high officers. We call our leading person "Mr. Moderator," but only for the few days when the Gen Assembly takes place. Since it is usually a contentious position, it is not a great honour.

I am very much impressed by his Excellency. I listened carefully to Senator Bosa, and, as far as I am concerned, the suggestions that he expressed so well seem to me to be useful and reasonable. As a sinful Presbyterian member of this committee, I am totally in support of your suggestion in the labour of love and in the furtherance of Christendom.

Bishop Rusnak: I appreciate your comments.

Senator Donahoe: I would simply add that, as a Knight of St. Gregory and as one who is very familiar with the Archdiocese of Halifax, I am very familiar with the proposition that is before us today, that is, the establishment of a corporation sole in the person of the bishop who is acting.

I was interested to hear the answers to Senator Haidasz' questions because I would have posed many of them myself had he not asked them. I no longer feel the necessity to do so, but I merely want to say that I have every intention of supporting this bill and of seeing it passed.

I offer my congratulations. I would say to His Excellency that if he is hoping for more priests in his diocese, the chances are that that is only a hope and similar to that expressed by most bishops across the country.

Senator Yuzyk: Madam Chairman, I also want to welcome Bishop Michael Rusnak whom I have met previously in

[Traduction]

j'estime qu'environ la moitié d'entre eux sont des catholiques grecs. Ils ne pratiquent pas tous, mais ils sont de rite byzantin.

Le sénateur Haidasz: Combien d'églises et de prêtres desservent votre éparchie?

M. Rusnak: Actuellement j'ai environ 12 paroisses où ont lieu des services religieux régulièrement chaque dimanche, et où il y a un prêtre permanent ou temporaire. Nous avons actuellement sept prêtres qui desservent 12 paroisses. Une ou deux fois par année, ou une fois par mois, je visite les paroisses des petites collectivités qui n'ont pas de prêtres. Nous maintenons des contacts avec eux et nous publions des revues que nous leur faisons parvenir. Nous espérons avoir un plus grand nombre de prêtres et établir de nouvelles paroisses au Canada, particulièrement dans l'Ouest.

Le sénateur Haidasz: Qui est le chancelier de votre éparchie?

M. Rusnak: Le chancelier est M^{gr} Andrew Sinal. Il est pasteur à Montréal.

Le sénateur Macquarrie: Je ne prétends pas parler au nom de l'Église presbytérienne du Canada, même si depuis quelques années, j'occupe une charge au sein de cette Église. Je ne l'ai jamais accablé de mes propos, pas plus d'ailleurs que le parti conservateur du Canada.

Si je peux m'exprimer ainsi, je n'ai pas l'habitude d'être en compagnie d'un éparche. En fait, nous, de l'Église presbytérienne, sommes très chiches avec nos dignitaires. Nous appelons notre chef «Monsieur le Modérateur», mais seulement pendant les quelques jours que dure l'Assemblée générale. Étant donné que le poste est d'ordinaire très contesté, ce n'est pas un grand honneur.

Je suis très impressionné par Son Excellence. J'ai écouté attentivement le sénateur Bosa et, en ce qui me concerne, les propositions qu'il a si bien exprimées me semblent utiles et raisonnables. En qualité de presbytérien, de pauvre pécheur et de membre de ce Comité, j'appuie sans réserve votre proposition puis qu'elle est inspirée par un esprit d'amour et le désir de faire progresser le christianisme.

M. Rusnak: Je vous remercie de vos observations.

Le sénateur Donahoe: J'ajouterai simplement qu'étant donné que je suis chevalier de saint Grégoire et que je connais très bien l'archevêché d'Halifax, je suis très au courant de la proposition qui nous est soumise aujourd'hui, à savoir la constitution en société de la personne de l'évêque responsable.

J'ai été intéressé d'entendre les réponses fournies aux questions du sénateur Haidasz parce que j'aurais posé moi-même un grand nombre d'entre elles s'il ne l'avait pas fait. Je ne pense plus que ce soit nécessaire, mais je veux simplement préciser que j'ai l'intention d'appuyer ce projet de loi et de le voir adopter.

Je tiens à présenter mes félicitations à Son Excellence et à lui dire que son souhait de voir davantage de prêtres dans son diocèse est probablement partagé par la plupart des évêques.

Le sénateur Yuzyk: Madame le Président, je désire également souhaiter la bienvenue à l'évêque Michael Rusnak que

[Text]

Toronto on several occasions when he was still connected with the Ukrainian Catholic Church of which I am a member.

I always found that relations were not only Christian-like, but fully harmonious. I always expected that sooner or later Slovaks would have their own eparchy and would have their own church. As an ethnic group in Canada, they have made considerable contributions to every aspect of Canadian life.

I would say that I greet this initiative of incorporating your church. As a Knight Commander of the Order of St. Gregory, one of the newest ones, I am very happy to give support to this corporation and to the work that it is doing. I am sure that, with the people that you have working for you, and I know a good number of them, your church will grow.

I am looking forward to the completion of your cathedral. I am sure it will be not only a beautiful cathedral but a great tourist attraction in itself. It will be a great inspiration to the faithful who will be attending the church.

Your church will be expanding right across Canada, and it is only proper that you should have a corporation of your own to manage all of your financial matters. Spiritual matters come under another jurisdiction.

I want to wish you well in all your endeavours. As you have heard, there is much sympathy for you here among senators. I have heard no one express any other point of view.

When we have dealt with the mechanics of this situation, there may be questions as to how you might improve the effectiveness of your corporation. However, at the moment I have no questions of that kind, but I am sure that some legal minds here will find something that could be improved.

Bishop Rusnak: Thank you very much.

The Chairman: Senator Yuzyk, I simply hope you are wrong. I think, with the exception of a spelling error, which I am informed by our legal counsel we can change without any formal motion to that effect, the bill has been well presented here, and contains all the necessary powers and provisions that are required. I am, of course, open to any further suggestions or recommendations from the committee, if there are any.

Senator Bosa: Madam Chairman, I am so pleased with the progress we are making on this bill that I am not going to ask any questions or make any suggestions, but move that the bill be reported, keeping in mind the point made by Senator Haidasz with regard to altering the spelling of the name.

Le sénateur Asselin: Madame le président, avant d'adopter la motion, je voudrais savoir si une corporation civile peut recevoir ses revenus à la source, parce qu'elle devra avoir de l'argent pour emprunter, hypothéquer, et ainsi de suite. Les revenus sont des dons de la part des fidèles?

[Traduction]

J'ai eu déjà l'occasion de rencontrer à plusieurs reprises à Toronto, à l'époque où il avait encore des biens avec l'Église catholique ukrainienne dont je suis membre.

J'ai toujours constaté que mes relations avec la communauté slovaque étaient non seulement empreintes de l'esprit chrétien mais pleinement harmonieuses. J'ai toujours pensé que les slovaques auraient tôt vu tard leur propre éparchie, ainsi que leur propre église. En tant que groupe ethnique, ils ont apporté une contribution non négligeable sans toutes les sphères de la vie canadienne.

Je dois dire que j'accueille très favorablement cette initiative. En qualité de commandeur de l'Ordre de Saint-Grégoire, l'un des plus récents, je suis très heureux d'appuyer cette société, ainsi que son travail. Je suis certain qu'avec les gens qui sont à votre service—et je connais bon nombre d'entre eux—votre église prendra de l'expansion.

J'attends avec impatience l'achèvement de votre cathédrale. J'ai la certitude qu'elle sera non seulement magnifique mais qu'elle constituera en soi-même une grande attraction touristique. Elle constituera une grande source d'inspiration pour les fidèles qui la fréquenteront.

Votre Église prendra de l'expansion dans tout le Canada et ce n'est que normal que vous ayez votre propre société pour la gestion de toutes vos affaires financières. Les affaires spirituelles sont d'un autre domaine.

Je vous souhaite tout le succès possible dans toutes vos entreprises. Comme vous l'avez entendu, les sénateurs ont beaucoup de sympathie à votre égard. Personne ne s'est opposé à votre projet.

Lorsque nous aurons examiné les mécanismes de cette situation, il faudra peut-être voir comment vous pourriez améliorer l'efficacité de votre société. Je n'ai pas pour l'instant de questions à ce sujet, mais je suis sûr que certains esprits juridiques dans cette salle trouveront quelque chose à améliorer.

M. Rusnak: Je vous remercie infiniment.

Le président: Sénateur Yuzyk, j'espère que vous vous trompez. Je pense qu'à l'exception d'une faute d'orthographe qui, d'après notre conseiller juridique peut être corrigée sans que nous soyons obligés de présenter une motion officielle à cet effet, le projet de loi est rédigé en bonne et due forme et contient tous les pouvoirs et dispositions nécessaires. Bien entendu, je suis prête à entendre toutes les propositions ou recommandations éventuelles du comité.

Le sénateur Bosa: Madame le Président, je suis tellement heureux de nos progrès en ce qui concerne ce projet de loi que je ne vais poser aucune question ni formuler de proposition, sinon qu'il en soit fait rapport en tenant compte du point soulevé par le sénateur Haidasz au sujet de la faute d'orthographe à corriger.

Senator Asselin: Madam Chairman, before this motion is carried, I would like to know if a civil corporation can receive its revenues at the source, because it has to have the money to borrow, mortgage and so on. The revenue comes from donations by the faithful?

[Text]

M. McEwan: En partie, et rien n'empêche les parties de faire des investissements, car si on n'avait pas d'argent, on ne pourrait pas en faire. On ne fait pas d'investissements pour perdre de l'argent. Alors, les revenus sont tirés par la société, et non pas personnellement par l'éparque.

Le sénateur Asselin: Par la société civile?

M. McEwan: Par la société.

Le sénateur Asselin: Et ces revenus sont administrés par l'Éparque?

M. McEwan: Ils sont administrés par l'Éparque. D'ailleurs, je crois que nous avons une clause dans la loi, sur laquelle il faudrait attirer votre attention, qui est la clause 4; elle dit ceci:

La Société a pour objet de promouvoir, sans gain pécuniaire pour nulle personne . . .

Ceci ne l'empêche pas de gagner de l'argent par des investissements. Alors, il faut placer l'argent, même l'argent qui est donné par les fidèles.

Le sénateur Asselin: Madame le président, je veux féliciter Son Excellence de son initiative. En tant que catholique, nous sommes un peu frères et je me sens en sécurité lorsque je sais que l'éparque est sous l'autorité du Saint Siège, de Jean-Paul II. Je suis très satisfait des données de ce bill, et je l'appuie.

The Chairman: Honourable senators, the motion is that this bill be reported without amendment, but with the spelling error corrected. Is that approved?

Hon. Senators: Agreed.

Senator Macquarrie: May I say that a senator by the name of Macquarrie commends the witness by the name of McEwan for his proficiency in the language of Laurier and Molière, which is something that I would like to have myself.

The Chairman: That is recorded. Thank you very much, and thank you for attending. It has been an honour, Your Excellency.

The committee adjourned.

[Traduction]

Mr. McEwan: Partly, and there is nothing to stop the parties from making investments, for without the money it couldn't be done. You don't make investments to lose money. So the revenues come from the corporation and not from the individual.

Senator Asselin: From the civil corporation?

Mr. McEwan: From the corporation.

Senator Asselin: And these revenues are administered by the State?

Mr. McEwan: That is so. In addition there is a clause in the Bill that I would like to draw to your attention, clause 4, which reads as follows:

The objects of the Corporation are to promote, without pecuniary gain to any person . . .

This doesn't mean that it may not earn money through investments. Money has to be put somewhere, even money donated by the faithful.

Senator Asselin: Madam Chairman, I would like to congratulate His Excellency on the step he has taken. My being a Roman Catholic makes us brothers, in a way, and I feel quite safe knowing that the Eparch is under the authority of the Holy See and John Paul II. I am perfectly satisfied with this Bill and I support it.

Le président: Honorables sénateurs, il est proposé que rapport soit fait du bill sans amendement, mais en corrigeant la faute d'orthographe. Adopté?

Des voix: Adopté.

Le sénateur Macquarrie: Puis-je ajouter qu'un sénateur du nom de Macquarrie félicite un témoin du nom de McEwan de sa compétence dans la langue de Laurier et de Molière; j'aimerais le parler moi-même aussi couramment.

Le président: C'est noté. Je vous remercie beaucoup d'avoir assisté à notre réunion, nous avons été très honorés, Votre Excellence.

La séance est levée.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

WITNESSES—TÉMOINS

Mr. I. A. McEwan, Q.C. Legal Counsel for the petitioner;
The Very Reverend Michael Rusnak, Petitioner.

M. I. A. McEwan, c.r., conseiller juridique du pétitionnaire;
Le très révérend Michael Rusnak, pétitionnaire.

24
82



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Thursday, May 12, 1983

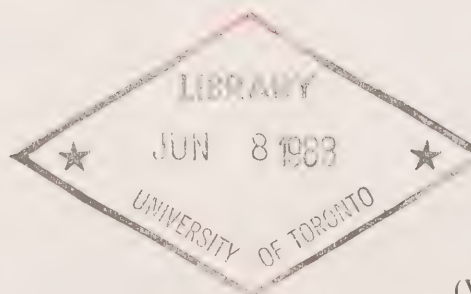
Le jeudi 12 mai 1983

Issue No. 57

Fascicule n° 57

Fourteenth proceedings on:
Bill S-32, "An Act to amend the
Penitentiary Act and the Parole Act"

Quatorzième fascicule concernant:
Projet de loi S-32, «Loi modifiant la
Loi sur les pénitenciers et la Loi
sur la libération conditionnelle de
détenus»



WITNESSES:
(See back cover)

TÉMOINS:
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, Tuesday, 23rd November, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Hastings, seconded by the Honourable Senator Bird, for the second reading of the Bill S-32, intituled: "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat du mardi 23 novembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Hastings, appuyé par l'honorable sénateur Bird, tendant à la deuxième lecture du Bill S-32, intitulé: «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith propose, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

THURSDAY, MAY 12, 1983
(80)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 11:18 a.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Deschatelets, Donahoe, Haidasz, Hastings, Lapointe, Neiman, Nurgitz, Olson and Rousseau. (11)

Other Senator present: Honourable Senator Steuart.

In attendance: Mr. Donald MacDonald, Research Branch, Library of Parliament.

Appearing: The Honourable Robert P. Kaplan, M.P., Solicitor General of Canada.

*Witnesses:**From the Department of the Solicitor General:*

Mr. Fred E. Gibson, Q.C., Deputy Solicitor General;
Ms. J. Nuffield, Policy Analyst.

The Committee proceeded to consider Bill S-32, "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act".

The Honourable Robert Kaplan made a statement and with the other witnesses answered questions.

At 12:37 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Paul Belisle

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE JEUDI 12 MAI 1983
(80)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 11 h 18 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Deschatelets, Donahoe, Haidasz, Hastings, Lapointe, Neiman, Nurgitz, Olson et Rousseau. (11)

Aussi présent: L'honorable sénateur Steuart.

Aussi présent: M. Donald MacDonald, Service de recherches, Bibliothèque du Parlement.

Comparaît: L'honorable Robert P. Kaplan, député, solliciteur général du Canada.

*Témoins:**Du ministère du Solliciteur général:*

M. Fred E. Gibson, c.r., solliciteur général adjoint;
M^{me} J. Nuffield, analyste des politiques.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-32 «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus».

L'honorable Robert Kaplan fait une déclaration et répond aux questions avec les autres témoins.

A 12 h 37, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Thursday, May 12, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-32, to amend the Penitentiary Act and the Parole Act, met this day at 11.15 a.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (*Chairman*) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, we are pleased to welcome again the Solicitor General of Canada, the Honourable Mr. Kaplan, and his deputy, Mr. Fred Gibson.

With respect to our scrutiny of Bill S-32, I believe the minister has an opening statement which he tells me is fairly long, but I am sure it is fairly important as well, so perhaps we can proceed now.

Mr. Minister, since there are two or three conflicting meetings going on at the present time, I would apologize for the fact that there are not a greater number of committee members in attendance.

Senator Deschatelets: Quality is important.

Senator Hastings: Do you have copies of your statement?

Hon. Robert P. Kaplan, Solicitor General of Canada: No, I am afraid I do not. I just finished it yesterday on the plane coming back.

Malheureusement, je n'ai pas de version française de ce document à vous offrir. Alors, je ferai mes remarques préliminaires en anglais.

Honourable senators, I come before you today in order to present to you a number of motions recently approved by cabinet, which, with your approval, would amend Bill S-32 in such a way as to add the authority for gating to its provisions. I indicated to you in committee and also informally in discussions that I was prepared to do this. I have been working on it, and the timing has made it possible for me to present it to you in the course of the deliberations of the committee.

As you are all aware, last fall the National Parole Board began the practice of gating selected federal inmates, that is, suspending and detaining them at the gate at the penitentiary on the day that they would otherwise have left the institution as a result of earning time off their sentences for good behaviour.

Gating has been challenged in the courts with decisions by the Alberta Court of Appeal and the Federal Court of Appeal contradicting the decisions of the Ontario and British Columbia Courts of Appeal. On May 17 the Supreme Court of Canada will hear argument in the case of *Moore v. Regina* and settle the matter under current law.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le jeudi 12 mai 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-32, modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus, se réunit aujourd'hui à 11 h 15 pour étudier ledit projet de loi.

Le sénateur Joan Neiman (*président*) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, nous avons le plaisir d'accueillir de nouveau le Solliciteur général du Canada, M. Kaplan, et son suppléant, M. Fred Gibson.

Nous étudions le projet de loi S-32 et le ministre a une déclaration préliminaire à faire qui, me dit-il, est assez longue, mais, j'en suis certain, aussi importante et je propose que nous commençons tout de suite.

Monsieur le ministre, deux ou trois comités se réunissent en ce moment et je tiens à m'excuser du petit nombre de sénateurs qui participent à notre séance.

Le sénateur Deschatelets: C'est la qualité des membres présents qui compte.

Le sénateur Hastings: Avez-vous des exemplaires de votre déclaration?

L'honorable Robert P. Kaplan, solliciteur général du Canada: Non, malheureusement. J'y ai mis la dernière main hier dans l'avion qui m'a ramené à Ottawa.

Unfortunately, I do not have a French version of this document, so I will have to make my preliminary statement in English only.

Honourables sénateurs, je témoigne devant vous aujourd'hui pour vous faire part d'un certain nombre de motions que le Cabinet a approuvées récemment et qui auront pour effet, si vous les adoptez, d'amender le projet de loi S-32 de manière à ajouter à ses dispositions le pouvoir de bloquer un détenu dès sa sortie du pénitencier. Je vous ai déjà signifié mon intention de le faire, tant en comité qu'au cours d'entretiens informels. J'ai travaillé à ce projet et les choses ont fait qu'il m'est possible de vous le présenter dans le cadre des délibérations de votre comité.

Comme vous le savez tous, la Commission nationale des libérations conditionnelles a adopté l'automne dernier la pratique du blocage à l'endroit de certains détenus des pénitenciers fédéraux et à les réincarcérer, c'est-à-dire à suspendre leur libération à la grille du pénitencier le jour où ils auraient dû normalement quitter l'institution après avoir mérité une réduction de peine pour bonne conduite.

On a contesté cette pratique devant les tribunaux et les jugements rendus par la Cour d'appel de l'Alberta et la Cour d'appel fédérale ont contredit ceux des Cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique. Le 17 mai, la Cour suprême du Canada sera saisie de la question dans le cadre de la cause *Moore c. Regina* et règlera le problème conformément à la loi actuelle.

[Text]

In introducing Bill S-32 to you, I underlined that I sought measures that would act as a further protective measure for Canadians to feel a continuing sense of freedom from fear of being victims of crime. The motions I present to you for your consideration today to permit gating are intended to act as a further protection for the Canadian people in the continued evolution of the criminal justice system.

First, I feel the need for the gating power has been established. Public confidence in the criminal justice system, especially the parole and penitentiary system, has been challenged by a number of tragic violent incidents in the last few years. The public sense of justice has been offended by the violent behaviour of some offenders who, though still under sentence, had to be released from the penitentiary because they behaved acceptably in the institution. Since a well-behaved inmate will not necessarily be a non-violent citizen, many people, including some who have appeared before you as witnesses, felt that the law, as it stands, compels us to ignore powerful indicators of future violence and to release a dangerous inmate because he has caused no problems during all or part of his stay in prison.

As many of the witnesses before you on Bill S-32 have said, it is impossible to predict reliably over a large group of persons, such as the population of Canadian penitentiaries, who will and who will not be violent when released. This, in fact, is true for the majority.

Nonetheless, for a very small number, particularly those whose past conduct has been unusually violent, I believe that predictions of violence can be made much more reliably. Indeed, I believe that the correctional system violates its primary goal of protection of the public if it fails to do all it can to keep detained until sentence expiry all those offenders whose records and institutional assessments indicate that they will be dangerous from the time they hit the street.

It was this perceived weakness in our releasing system which led the National Parole Board to introduce gating in the first place, and it was my own recognition of it that led me to endorse the board's initiative.

I ask for your support of these draft motions to permit the effective use of gating as law. I ask you to examine the inherent balance of this proposal. Gating represents an opportunity to retain and reinforce public support of the principle of conditional release for the non-violent majority offenders while tightening the system further for violent individuals.

In moving to incorporate the gating amendments in Bill S-32, I am not in any way trying to anticipate the decision of the Supreme Court of Canada with regard to the legality of the currently used gating power. Indeed, I am particularly

[Traduction]

Lorsque je vous ai présenté le projet de loi S-32, j'ai souligné que je cherchais à assurer aux Canadiens une protection supplémentaire de manière à ce qu'ils soient libérés de la crainte d'être victimes du crime. Les motions que je vous demande d'étudier aujourd'hui visent à permettre le blocage et à accroître la sécurité des Canadiens en perfectionnant le système judiciaire criminel.

Premièrement, la nécessité du pouvoir de bloquer ne fait plus de doute. Certains incidents violents et tragiques survenus ces dernières années ont mis à rude épreuve la confiance des Canadiens à l'égard de la libération conditionnelle et du système carcéral. Le comportement violent de certains contrevenants qui, bien que n'ayant pas purgé la totalité de leurs peines, ont dû être libérés en raison d'une conduite acceptable au pénitencier a ébranlé le sens de la justice de la population. Étant donné qu'un détenu qui se conduit bien ne sera pas nécessairement un citoyen non violent après sa libération, beaucoup de gens, y compris certains des témoins qui ont comparu devant vous, estiment que la loi, dans sa forme actuelle, nous contraint d'ignorer les indices révélateurs d'un futur comportement violent et de relâcher des détenus dangereux parce qu'ils se sont bien conduits pendant tout ou partie de leur séjour en prison.

Comme vous l'ont dit beaucoup de témoins qui ont comparu devant vous dans le cadre de votre étude du projet de loi S-32, il est impossible de prédire sans risque d'erreur, étant donné l'importance de la population des pénitenciers canadiens, quels détenus seront violents après leur libération et lesquels deviendront des citoyens paisibles. En fait, la majorité d'entre eux sont dans cette dernière catégorie.

Néanmoins, dans le cas d'un petit nombre, surtout de ceux qui ont eu un comportement particulièrement violent dans le passé, je crois qu'on peut prédire sans trop risquer de se tromper qu'ils resteront violents après leur libération. En effet, j'estime que le système correctionnel n'atteint pas son premier objectif, qui est la protection du public, s'il ne fait pas tout en son pouvoir pour garder en détention jusqu'à la fin de leurs peines tous les contrevenants dont les casiers judiciaires et l'évaluation qui est faite de leur comportement au pénitencier indiquent qu'ils seront dangereux lorsqu'ils auront recouvré leur liberté.

C'est cette lacune évidente de notre système de libération conditionnelle qui a amené la Commission nationale des libérations conditionnelles à adopter la pratique du blocage et si j'ai souscrit à l'initiative de la Commission, c'est parce que j'ai reconnu l'existence de cette faille dans le système.

Je vous demande d'appuyer ces projets de motion qui visent à autoriser officiellement le recours au blocage et de vous rendre compte par vous-mêmes du bien-fondé intrinsèque d'une telle mesure. Le blocage constitue un moyen de sauvegarder et de renforcer la confiance du public à l'égard du principe de la libération conditionnelle de la majorité non violente des détenus tout en resserrant les mailles du filet à l'égard des individus violents.

Le fait que je propose d'intégrer au projet de loi S-32 des amendements prévoyant le blocage ne signifie aucunement que je connais déjà la décision que la Cour suprême du Canada prendra sur la légalité des dispositions de blocage qu'on invo-

[Text]

concerned to see the gating power better defined in law even if the Supreme Court upholds the existing authority.

The severity of the gating action requires that it be used only on a very limited basis against those very few offenders whose records and institutional assessments show such strong indicators of violence that they cannot be ignored. It is, therefore, better to define as precisely as possible the criteria for gating and to surround the power with proper procedural safeguards so that it cannot be used arbitrarily or unreasonably. I believe a specific statutory authority is desirable to ensure this, and such an authority is contained in these amendments.

Let me describe for you the process which is provided for in the motions which are before you. As is currently the practice, the staff of the Correctional Service of Canada and the National Parole Board will review the cases of all federal inmates some four to six months prior to the date on which they are expected to be released under mandatory supervision. This review serves several purposes but its primary purpose has been to set the conditions for release including, where appropriate, the placement of the inmate in a halfway house prior to his release under mandatory supervision. It will therefore be at this stage that, under the new amendments, eligible inmates will be considered for gating. This means that all inmates who fit the definition of dangerous offenders, as it now exists in section 688 of the Criminal Code, will be scrutinized with great care.

This definition was enacted by Parliament in 1977 as part of the peace and security legislation. I would stress that the dangerous offenders section of the Criminal Code has been used sparingly by the courts. For instance, there have been only about 30 cases since 1977, and I am confident that the National Parole Board will also show proper restraint in using gating, just as it has done under the authority it has exercised until now.

The criteria for gating are twofold, and these criteria must be established to the satisfaction of the National Parole Board and later, if appealed, to the Federal Court of Appeal. First, the inmate considered for gating must be serving a sentence for a serious personal injury offence, that is an indictable offence, for which one is liable to 10 years' imprisonment or more, and which involves the use or attempted use of violence against another person, or conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person, or inflicting or likely to inflict severe psychological damage upon another person. It may also include any offence of sexual assault, sexual intercourse with a minor or gross indecency.

[Traduction]

que présentement. En fait, je tiens surtout à ce que la loi définisse mieux le pouvoir de bloquer même si la Cour suprême confirme la légalité du pouvoir qu'on invoque à l'heure actuelle.

La sévérité du blocage fait qu'on ne peut recourir à cette mesure que pour un nombre très limité de raisons et uniquement dans le cas des très rares contrevenants dont les casiers judiciaires et les évaluations de comportement en milieu carcéral contiennent des indices de tendances violentes tels qu'on ne peut les ignorer. Il est pas conséquent préférable de définir avec la plus grande décision les critères régissant le blocage et d'assortir le pouvoir d'en user de garanties suffisantes, sur le plan de la procédure, pour qu'on ne puisse y recourir de façon arbitraire ou injuste. J'estime qu'il convient de prévoir dans la loi les circonstances dans lesquelles cette méthode peut être utilisée et ces détails sont contenus dans les amendements que je vais vous présenter.

Si vous me permettez, je vais vous décrire la procédure que ces motions proposent. Comme c'est le cas à l'heure actuelle, le personnel du Service correctionnel du Canada et de la Commission nationale des libérations conditionnelles réviseront les dossiers de tous les détenus des pénitenciers fédéraux de quatre à six mois avant la date à laquelle ils sont censés être libérés sous surveillance obligatoire. Cette révision sert à plusieurs choses, mais son principal objectif a toujours été d'établir les conditions liées à la libération et, au besoin, au placement du détenu dans un foyer de semi-détention avant sa libération sous surveillance obligatoire. Par conséquent, en vertu des nouveaux amendements, c'est à cette étape qu'on étudiera la possibilité de bloquer les détenus admissibles. Cela signifie que tous les détenus qui correspondent à la définition que l'article 688 du Code criminel donne du délinquant dangereux feront l'objet d'une attention spéciale.

Cette définition a été adoptée par le Parlement en 1977 dans le cadre d'une mesure législative pour la protection de la paix et de la sécurité publiques. Je tiens à souligner que les tribunaux se sont rarement reportés à l'article du Code criminel qui porte sur les délinquants dangereux. Par exemple, cela ne s'est produit que 30 fois environ depuis 1977 et je suis certain que la Commission nationale des libérations conditionnelles fera également preuve de retenue dans le recours au blocage comme elle l'a toujours fait dans l'exercice des pouvoirs dont elle est investie.

Les critères régissant le blocage sont bipartites et ils doivent être entérinés par la Commission nationale des libérations conditionnelles et plus tard, en cas d'appel, par la Cour fédérale d'appel. D'abord, le détenu qu'on songe à bloquer dès sa sortie du pénitencier doit avoir été condamné pour une infraction impliquant des sévices graves à la personne, c'est-à-dire pour un délit punissable d'une peine d'emprisonnement minimale de dix ans et impliquant le recours ou une tentative de recours à la violence contre une autre personne ou une conduite mettant en danger ou susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'une autre personne ou infligeant ou susceptible d'infliger des dommages psychologiques graves à une autre personne. Il peut également s'agir d'une agression

[Text]

Secondly, it must be established that the offender, at the time of gating, constitutes a threat to the life, safety, or physical or mental well-being of other persons on the basis of information establishing one of three things. These are set out in the statute. They are: a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms part, showing a failure to restrain his behaviour and a likelihood of his causing death or injury to other persons or inflicting severe psychological damage on other persons through failure in the future to restrain his behaviour; or, secondly, a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence of which he has been charged forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender as to the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour; or, thirdly, any behaviour by the offender associated with the offence for which he is serving a sentence that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that his behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behaviour or restraint.

If the offender was convicted of one of the sexual offences I have referred to, it must be established by the offender that, by his conduct in any sexual matter, including that involved in the commission of the offence for which he is serving his sentence, he has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses.

Inmates who fit the statutory criteria for gating will receive the benefit of a number of procedural safeguards. They will be given at least 30 days' notice of the possibility of being gated. In other words, they will be notified at least 30 days before the earliest day on which they could be expected to be released as a result of remission. The notice will include a copy of all pertinent records in the possession of the correctional service and the Parole Board, with the exception of those which are protected by the Privacy Act. The notice will also include a written statement of the factors in the offender's record or in the assessments done of him which are being taken as indicative of his violent predilection.

A hearing called by the National Parole Board on the possible gating of the inmate will take place at least 15 days prior to his expected date of release. At that hearing, he may represent himself or be represented by a lawyer; he may have other persons appear to speak on his behalf; and he or an assistant may respond to all of the written information and to all of the oral information given throughout the hearing. At the conclusion of the hearing, the National Parole Board must decide whether the inmate fits the criteria.

[Traduction]

sexuelle, de rapports sexuels avec une personne mineure ou de grossière indécence.

Deuxièmement, il doit être prouvé que le délinquant, au moment du blocage, constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autres personnes. Ces preuves doivent être fondées sur des renseignements établissant l'une des trois choses suivantes, qui sont prévues dans la loi. Ce sont, premièrement, une tendance chez le délinquant à la répétition de ses actes, notamment de celui pour lequel il a été condamné, l'incapacité démontrée par le délinquant de contrôler ses actes et la possibilité qu'il inflige des sévices ou qu'il cause la mort d'autres personnes ou qu'il cause des dommages psychologiques graves à d'autres personnes en raison de son incapacité de contrôler ses actes. Deuxièmement, une tendance chez le délinquant à la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui pour lequel il a été condamné, qui trahit chez lui une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui. Troisièmement, tout comportement chez le délinquant qu'on puisse associer au délit pour lequel il a été condamné et qui est d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chances pour qu'à l'avenir, ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement.

Si le délinquant a été condamné pour une des infractions sexuelles dont j'ai parlé, il doit être établi par le délinquant lui-même que par son comportement dans toute circonstance impliquant la sexualité, y compris le comportement qu'il a eu lorsqu'il a commis le délit pour lequel il purge une peine d'emprisonnement, il a démontré son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et que pour cette raison, il est susceptible d'infliger à l'avenir des sévices ou d'autres maux à d'autres personnes.

Les détenus qui répondent aux critères de suspension de libération conditionnelle bénéficient d'un certain nombre de garanties de procédure. Les autorités doivent les prévenir au moins 30 jours à l'avance de la possibilité d'une suspension immédiate de leur libération conditionnelle. En d'autres mots, ils doivent en être avisés au moins 30 jours avant le premier jour où ils deviennent admissibles à une libération résultant d'une remise de peine. L'avis doit comporter une copie de tous les dossiers pertinents en possession du service correctionnel et de la Commission des libérations conditionnelles, à l'exception de ceux qui tombent sous le coup de la Loi sur la protection des renseignements personnels. L'avis doit également comporter un compte rendu écrit des facteurs mentionnés dans le dossier du détenu ou dans ses évaluations dont il est tenu compte pour présumer de ses tendances violentes.

Une audience, convoquée par la Commission nationale des libérations conditionnelles relativement à la suspension immédiate possible de la libération du détenu doit avoir lieu au moins 15 jours avant la date prévue de remise en liberté. Au cours de cette audience, le détenu peut se défendre lui-même ou être représenté par un avocat; il peut aussi faire comparaître d'autres personnes en son nom. Le détenu ou un assistant peut répondre à tous les renseignements écrits ou oraux fournis pendant l'audience. À la conclusion de l'audience, la Commis-

[Text]

As with all decisions to deny relief, the National Parole Board must give written reasons. If the decision is to gate him, the motions provide that he would be detained until the end of the sentence; in other words, that he would not be eligible for remission on his remind.

Honourable senators are all familiar by now with the term "revolving door syndrome." That, in fact, is the subject of the original bill which I brought before you. In cases such as this, however, the "door" or "gate", if you wish, will be firmly closed from the beginning of the inmate's eligibility period and will remain closed until warrant expiry.

As I said a little earlier, the gating decision can be appealed to the Federal Court. Cabinet reached the conclusion that the appeal should be available for two interrelated reasons: firstly, the gating power removes what has heretofore been an unrestricted right to liberty, albeit only a conditional liberty, on MS. Gating, therefore, represents a significant increase in the powers of correctional authorities. It vests in the National Parole Board an authority to deny liberty. Because of the magnitude of this change, it was considered that, as a desirable safeguard, the merits of individual gating decisions should be subject to appeal to a court of competent jurisdiction.

The form of the criteria for determining inmates eligible for gating is similar to that of the dangerous offenders' criteria permitting indeterminate sentencing for violent individuals under section 688 of the Criminal Code. As I indicated, that section has regrettably been used sparingly by provincial attorneys general since its inception in 1977. As honorable senators know, I have been encouraging the provincial attorneys general to make more effective use of the provisions of this section to offer a greater degree of public protection from violent offenders.

I draw to the attention of honourable senators the sunset clause of three years, which has been included in the amendment. In other words, we are proposing that this provision of which I am seeking enactment would cease to be the law three years from its proclamation. This is done in recognition of the importance and value of the ongoing criminal law review which has been launched, with my support, by the Minister of Justice, which is at present under way and which is seeking to go back to first principles in coping with the violent offender and in finding more comprehensive solutions than this provision to present to Parliament.

I recognize that the mesures before honourable senators are, in a sense, "a patch" on the present system, but I believe they are patches which will be welcome because they will save Canadians from being victimized by violent crime. I would

[Traduction]

sion nationale des libérations conditionnelles doit décider si le détenu répond aux critères.

Comme pour toutes les décisions de refus de remise, la Commission nationale des libérations conditionnelles doit fournir des raisons écrites à l'appui de sa décision. Si elle décide de suspendre immédiatement la libération conditionnelle, les motions stipulent que l'intéressé doit être détenu jusqu'à la fin de sa peine; en d'autres mots, il ne serait plus admissible à une réduction de peine sur demande.

Les honorables sénateurs connaissent tous maintenant le sens de l'expression «syndrome de la porte tournante». C'est justement le sujet du projet de loi initial que je vous ai soumis. Dans des cas semblables toutefois la «porte», ou «barrière» si vous préférez, demeurera fermée dès le début de la période d'admissibilité du détenu et ce, jusqu'à expiration du mandat.

Comme je le disais plus tôt, le détenu peut faire appel de cette décision à la Cour fédérale. Le Cabinet est arrivé à la conclusion qu'il doit y avoir possibilité d'appel pour deux raisons intimement reliées: premièrement, le pouvoir de suspension immédiate de la libération conditionnelle supprime ce qui a constitué jusqu'ici un droit sans restriction de mise en liberté, quoi qu'il ne s'agissait que d'une liberté conditionnelle sous surveillance obligatoire. La suspension immédiate représente donc un accroissement sensible des pouvoirs des autorités correctionnelles. En fait, la Commission nationale des libérations conditionnelles a le pouvoir de refuser une mise en liberté. Compte tenu de l'importance de cette modification, on a jugé qu'en guise de garantie, les décisions individuelles de suspension immédiate de libération conditionnelle devraient pouvoir faire l'objet d'un appel à un tribunal compétent.

Les critères qui permettent de déterminer quels détenus peuvent faire l'objet d'une suspension immédiate de libération sont semblables à ceux qui régissent les délinquants dangereux et qui permettent d'imposer une peine indéterminée aux individus violents, conformément à l'article 688 du Code criminel. Comme je le disais, les procureurs généraux des provinces ont malheureusement peu fait usage de cette disposition depuis qu'elle a été intégrée au Code en 1977. Comme les honorables sénateurs le savent, j'ai poussé les procureurs généraux des provinces à utiliser davantage les dispositions de cet article afin d'assurer au public plus de protection contre les délinquants violents.

J'ai parlé aux honorables sénateurs de la disposition temporaire d'une durée de trois ans qui a été intégrée à l'amendement. En d'autres mots, nous proposons que cette disposition que je tente de faire adopter expire trois ans après sa proclamation. Cette mesure a été prise compte tenu de l'importance et de la valeur de la réforme actuelle du Code pénal, que le ministère de la Justice a entreprise avec mon appui et qui vise à revenir aux principes de base pour contenir les délinquants violents et trouver des solutions plus générales que cette disposition à présenter au Parlement.

Je suis conscient que ces mesures constituent d'une certaine façon un cataplasme sur le système actuel, mais je pense qu'elles seront bienvenues puisqu'elles protégeront les Canadiens contre la violence. J'aimerais aussi faire remarquer que

[Text]

also point out that gating, which is preventative in nature, complements the reactive nature of Bill S-32 to which I propose to add these motions. Bill S-32, as honourable senators now have it, ensures that an offender, once released by way of remission which is revoked, will not leave the penitentiary before sentence expiry except through a discretionary decision of the Parole Board. This is intended to tighten the consequences of not conforming to the conditions of mandatory supervision. Gating, on the other hand, is intended to ensure that a select number of very violent persons will be incapacitated for the full length of their sentence.

Gating is less complementary to our ongoing efforts, recently highlighted in the media, to make maximal use of early conditional release for non-violent offenders. This has been an ideal since 1969, when the Ouimet Commission argued for a somewhat bifurcated system, one of increasing carceral attention on violent offenders and of maximal reintegration back into the community of the non-violent majority. Gating, while achieving the one, will assist us, I think, in achieving the other.

In conclusion, as I have remarked, for our criminal justice system to maintain the respect of the people it serves—whether that be the general public, the victim or the offender—an essential component of the system must be that it is a fair and just punishment.

Madam Chairman, I am now prepared to receive questions. If it is the wish of honourable senators, I or my deputy will go through the amendments clause by clause.

The Chairman: Honourable senators, is it your wish that the minister or Mr. Gibson examine the clauses before questioning is commenced? These clauses are a little technical in nature.

Senator Deschatelets: Personally, I think it would be desirable to have the purpose of the amendment explained as we go along.

Hon. Mr. Kaplan: I would like to ask my deputy to do that.

The Chairman: Honourable senators, we will have Mr. Gibson go through the proposed amendments so as to get a better grasp of them as we proceed.

Senator Hastings: Could the minister explain, before he proceeds, the exact purpose of introducing the amendments at this time, when the Supreme Court of Canada, on Tuesday next, is about to take under consideration the gating procedure? Why are we being asked to proceed now, ahead of that decision?

Hon. Mr. Kaplan: We are proposing to proceed with it now so that, in the event that the Supreme Court of Canada decides against the authority of the Parole Board under its present law, we will be prepared to validate that power, which

[Traduction]

la suspension immédiate de libération conditionnelle, qui est une mesure préventive, complète le caractère réactif du projet de loi S-32 auquel je propose d'ajouter ces motions. Ce projet de loi, dans sa forme actuelle, fait qu'un délinquant dont la mise en liberté par voie de réduction de peine est révoquée, ne peut quitter le pénitencier avant la fin de sa peine, sauf par voie de décision discrétionnaire de la Commission des libérations. Cette mesure vise à renforcer les conséquences d'une violation des conditions de la libération sous surveillance obligatoire. La suspension immédiate, par ailleurs, vise à faire en sorte que certains individus reconnus comme très violents ne puissent bénéficier d'une libération pendant toute la durée de leur peine.

La suspension immédiate est moins complémentaire de nos efforts actuels, dont les médias ont récemment fait état et qui visent à favoriser au maximum l'utilisation de la libération conditionnelle anticipée dans les cas des délinquants non violents. Il s'agit en fait d'un idéal qui remonte à 1969, lorsque année où la Commission Ouimet avait recommandé un système en quelque sorte double qui consistait d'une part à resserrer les conditions applicable aux délinquants violents et, d'autre part, à favoriser au maximum la réintégration de la majorité non violente des détenus dans la collectivité. Tout en réalisant le premier objectif, la suspension immédiate de libération conditionnelle contribuera, à mon avis, à concrétiser le second.

En terminant, comme je l'ai fait remarquer, notre système de justice pénale doit avant tout, pour assurer le respect de sa clientèle, qu'il s'agisse du public, de la victime ou du contrevenant, comporter des peines justes et équitables.

Madame le Président, je suis maintenant prêt à répondre aux questions. Si les honorables sénateurs le veulent, mon sous-ministre ou moi-même pourrait revoir les amendements un à un.

Le président: Honorables sénateurs, désirez-vous que le Ministre ou M. Gibson examine les articles avant de poser vos questions? Ces articles ont un caractère assez technique.

Le sénateur Deschatelets: Personnellement, je pense qu'il serait souhaitable qu'on nous explique l'objet des amendements à mesure que nous les examineront.

L'honorable M. Kaplan: Je demanderais à mon sous-ministre de le faire pour vous.

Le président: Honorables sénateurs, M. Gibson reverra les amendements de façon que nous en saisissons mieux le sens lorsque nous les étudierons.

Le sénateur Hastings: Le Ministre pourrait-il nous expliquer, avant de commencer, pourquoi ces amendements sont présentés maintenant alors que la Cour suprême du Canada doit, mardi prochain, se pencher sur la question de la suspension immédiate de la libération conditionnelle? Pourquoi devrions-nous intervenir avant la décision du tribunal?

L'honorable M. Kaplan: Nous proposons d'aller de l'avant dès maintenant avec cette mesure de façon que si la Cour suprême du Canada décide que la loi actuelle n'autorise pas la Commission des libérations conditionnelles à exercer ce pou-

[Text]

I consider to be a very important one for the Parole Board to have. Even if the Supreme Court of Canada reaches an upholding decision I think it will be beneficial to the operations of the Parole Board for them to have firm criteria, which they do not have now, in the statute, for applying gating—that is the dangerous offender criteria. I also think it is important from the point of view of civil liberties that a process be established in the statute, which does not now exist, for ensuring that the target of the gating hearing will be given notice, given an opportunity to appear and hear the case against him, to be represented by counsel and to appeal. None of those features is necessarily inherent in the present process. In a sense, therefore, the way in which the Supreme Court of Canada deals with this—supporting it or rejecting it—is not the primary consideration in this amendment.

I might also say that I am bringing it forward now because a number of your colleagues were urging me to do so, and make it a part of the S-32 package.

The Chairman: As Mr. Gibson proceeds with his explanation of these proposed amendments, you might wish to ask him questions for clarification. I think that would be entirely appropriate, so I will watch for any indications to that effect.

Mr. Gibson?

Mr. Fred E. Gibson, Q.C., Deputy Solicitor General: Madam Chairman, the package of amendments that honourable senators have before them consists of seven separate motions to amend Bill S-32, and what I would like to do is go through them *seriatim* in the order in which they appear in your package, just to indicate the substance of each of the various amendments.

The first amendment, which would add a new clause, 3.2, to Bill S-32, is the substance of the gating amendment itself. In a sense, all of the other amendments or motions are related to this particular amendment.

The impact of the new clause 3.2 would be to add a new section to the Parole Act, section 14.1, consisting of 10 subsections. Those appear in the amendment and I will go through each of those 10, if I may, with you.

The first subsection would require a preliminary review of the cases of all inmates sentenced for a serious personal injury offence as defined in section 687 of the Criminal code. The timing and manner of the review would be prescribed by regulations, and incidentally, the regulation-making authority is the subject of a third motion to amend.

Divisions of the board, or the chairman, would conduct this review. Divisions of the board are provided for in section 5 of the Parole Act, and would consist of two or more members of the Parole Board nominated by the chairman. They would act with the full authority of the board.

[Traduction]

voir, nous serons en mesure de valider ce pouvoir que j'estime être très important pour la Commission. Même si la Cour suprême du Canada confirme ce pouvoir, j'estime qu'il sera utile à la Commission des libérations de pouvoir se référer à des critères prévus par la loi pour appliquer la suspension immédiate de libération conditionnelle aux délinquants dangereux. J'estime également qu'il est important, au plan des libertés civiles, que la loi comporte des dispositions, qui n'existent pas à l'heure actuelle, qui garantissent que le détenu qui fait l'objet d'une audience de suspension immédiate de libération conditionnelle reçoive un avis, qu'il puisse comparaître et prendre connaissance des accusations portées contre lui, qu'il puisse être représenté par un conseiller et interjeter appel. La procédure actuelle ne prévoit pas expressément ces recours. Donc, en un sens, la décision de la Cour suprême du Canada, qu'il s'agisse d'une confirmation ou d'un sujet, ne constitue pas la raison principale de cet amendement.

J'ajouterai que je présente l'amendement maintenant parce qu'un certain nombre de vos collègues m'ont pressé de le faire pour l'intégrer au projet de loi S-32.

Le président: A mesure que M. Gibson expliquera les projets d'amendement, vous pourrez peut-être lui demander des éclaircissements. Je pense que cela serait tout à fait indiqué; aussi je surveillerai toute indication en ce sens.

M. Gibson?

M. Fred E. Gibson, c.r., solliciteur général adjoint: Madame le président, les documents que les honorables sénateurs ont devant eux comportent sept motions distinctes visant à amender le projet de loi S-32. J'aimerais les passer en revue une à une, dans l'ordre où elles figurent dans le document, simplement pour indiquer le sujet de chacun des différents amendements.

Le premier amendement, qui ajoutera un nouvel article au projet de loi S-32, soit l'article 3.2, constitue le fond même de l'amendement portant sur la suspension de la libération conditionnelle. En un sens, tous les autres amendements ou toutes les autres motions lui sont liés.

Le nouvel article 3.2 aura pour effet d'ajouter un nouvel article à la Loi sur la libération conditionnelle de détenus, l'article 14.1, qui comportera 10 paragraphes. Ceux-ci figurent dans l'amendement et, si vous le voulez bien, je vais passer chacun d'eux en revue avec vous.

Le premier paragraphe prévoit un examen préliminaire de tous les cas de détenus condamnés pour sévices graves à la personne, au sens de l'article 687 du *Code criminel*. Le moment où il peut avoir lieu et la façon d'y procéder doivent être prescrits par règlement et indidemment, le pouvoir de réglementation fait l'objet de la troisième motion d'amendement.

L'examen est effectué par les sections de la Commission ou le président. La formation de ces sections est prévue à l'article 5 de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus. Elles se composent de deux ou plusieurs membres de la Commission des libérations conditionnelles, nommés par le président et investis des mêmes pouvoirs que la Commission.

[Text]

The Chairman: Mr. Gibson, may I just ask at this point, is this retroactive? If these amendments are passed is the Parole Board going to start reviewing every inmate who is now incarcerated?

Mr. Gibson: We will come to this in the context of this amendment. This would apply to inmates currently incarcerated, and not only to those sentenced and imprisoned after the coming into force of the amendment.

Subsection (2) prescribes the grounds for concluding, in the course of the review, that a formal gating review and hearing should be conducted. The grounds prescribed are, in substance, identical to those set out with respect to dangerous offenders in section 688 of the Criminal Code, as the Solicitor General has indicated.

Senator Hastings: Is there a sentence involved there of 10 years or more?

Hon. Mr. Kaplan: It doesn't matter what the length of the actual sentence imposed on the individual is; it is a question of whether the sentence applicable to the offence of which he was convicted could have been a sentence of 10 years or longer.

The Chairman: And it is a serious personal injury offence that we are concerned with here.

Hon. Mr. Kaplan: Yes.

The Chairman: That is set out in this amendment, so it is restricted in that way.

Mr. Gibson: Subsection (3), which is on the second page of this motion to amend, provides for 30 days' notice of the preliminary opinion formed by the Parole Board to be given to the affected inmate, unless special circumstances, described in paragraph (b) of this subsection exist. Those special circumstances are, an act by the inmate during the last few days of the period of his time in incarceration before release on remission, or new facts coming to the attention of the Parole Board that impact significantly on the decision with respect to the inmate in question.

Subsection (4) provides for a formal review of the case, after notice has been given, by the Parole Board, and entitles the inmate to a hearing before the Parole Board.

Senator Hastings: Will he have counsel again?

Mr. Gibson: Yes, indeed, senator.

Hon. Mr. Kaplan: And of course, he can even have a non-lawyer as his counsel.

The Chairman: Should that be stipulated?

Mr. Gibson: Madam Chairman, that is stipulated. I will come to that in a moment. That is specifically provided.

[Traduction]

Le président: Monsieur Gibson, permettez-moi de vous interrompre pour vous demander si ces nouvelles dispositions auraient un effet rétroactif? Par exemple, si ces amendements étaient adoptés, la Commission des libérations conditionnelles devrait-elles commencer à examiner le cas de chacun des détenus emprisonnés présentement?

M. Gibson: Nous aborderons cette question en traitant de l'amendement correspondant. En fait, les nouvelles dispositions s'appliqueraient aux détenus actuellement emprisonnés et non seulement à ceux qui auront été condamnés et emprisonnés après l'entrée en vigueur de l'amendement.

Le paragraphe (2) prescrit les motifs qui permettent de conclure, à la suite de l'examen, qu'il faut officiellement procéder à une enquête et tenir une audition sur la suspension de la libération conditionnelle. Les motifs prescrits sont, en substance, identiques à ceux prévus à l'article 688 du *Code criminel* dans le cas des criminels dangereux, comme l'a indiqué le Solliciteur général.

Le sénateur Hastings: Est-ce que la peine visée ici est de dix ans ou plus?

L'honorable M. Kaplan: La longueur de la peine réelle imposée à l'intéressé n'a pas d'importance; il s'agit seulement de savoir si la peine applicable au délit pour lequel il a été condamné aurait pu être une peine de dix ans ou plus.

Le président: Et nous parlons ici de sévices graves à la personne?

L'honorable M. Kaplan: Oui.

Le président: Cet amendement le précise, c'est dont à cela qu'on se limite.

M. Gibson: Le paragraphe (3), qui se trouve à la deuxième page de cette motion d'amendement, accorde à la Commission des libérations conditionnelles un délai de 30 jours pour informer le détenu concerné de la conclusion à laquelle elle est arrivée, à moins de circonstances particulières décrites à l'alinéa b) de ce paragraphe. Ces circonstances peuvent être un acte accompli par le détenu au cours des derniers jours de sa période d'emprisonnement, avant l'obtention de sa mise en liberté au titre d'une réduction de peine, ou de nouveaux faits signalés à la Commission des libérations conditionnelles, qui influent considérablement sur la décision à prendre dans le cas du détenu en question.

En vertu du paragraphe (4), la Commission des libérations conditionnelles doit procéder à un examen officiel du cas après qu'avis en a été donné au détenu, et celui-ci a le droit de comparaître devant la Commission.

Le sénateur Hastings: A-t-il encore droit à un conseiller?

M. Gibson: Oui, effectivement, monsieur le sénateur.

L'honorable M. Kaplan: Et bien sûr, ce conseiller peut même ne pas être avocat.

Le président: Cela doit-il être stipulé?

M. Gibson: C'est stipulé, madame la présidente. J'y arrive dans un instant. C'est expressément prévu.

[Text]

Subsection (5) provides for the time at which the hearing will take place, which would normally be not later than 15 days prior to the normal release date of the inmate.

Subsection (6) enumerates the information to be furnished to the inmate before the commencement of the hearing in order to allow him to prepare adequately for the hearing in conjunction with his counsel or other representative.

Subsection (7), at the bottom of the third page, and going over to the fourth page, sets out the rights of the inmate at the hearing, including the right to be present, to be assisted, whether by counsel or otherwise, to be heard, to have representation made on his behalf, and to have access to and to comment on representations made to the board by others.

Subsection (8) requires the review and hearing to be completed expeditiously.

Subsection (9) provides for continued confinement during the hearing and review.

Subsection (10) provides for a gating decision by the board where it is satisfied that the inmate should not be released on the basis of the dangerous offenders criteria.

Subsection (11) provides that an inmate held pending a gating decision is serving his sentence during that period.

Subsection (12) provides that gating applies to all inmates, not just those sentenced after the amendment comes into force.

Senator Deschatelets: Let us consider for a moment the case of an inmate with regard to whom we proceed along these lines, but then, with regard to whom, the decision of the board is to have him serve the sentence up to the last day. Does he have to give up all hope? This cannot be done twice, I presume. Suppose he had to serve four or five more years to get to the limit of the sentence. Would he not be given any other chance if he behaves himself?

Hon. Mr. Kaplan: That individual would in fact not be eligible for mandatory supervision again, but he would be eligible to apply for parole, meaning that if the members of the Parole Board were willing to take a risk on him, he could get out, and it could be day parole or full parole.

Senator Deschatelets: The decision of the board to review the release does not mean that he will have to serve until the last day of the sentence.

Hon. Mr. Kaplan: That is correct.

Senator Nurgitz: Between the minister and his deputy, I think I am hearing the same answer. Subsection (10) on page 4 says that the board having been satisfied that he should not be released, shall

...direct that the inmate shall not be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence

[Traduction]

Le paragraphe (5) prescrit le moment où l'audition doit avoir lieu. Celle-ci doit généralement se tenir au moins 15 jours avant la date normale de mise en liberté du détenu.

Le paragraphe (6) énumère les renseignements à fournir au détenu avant le début de l'audition pour lui permettre, et permettre à son conseiller ou tout autre représentant, de bien s'y préparer.

Le paragraphe (7), qui commence au bas de la troisième page et se poursuit sur la quatrième, établit les droits du détenu au moment de l'audition dont, le droit d'être présent, d'être conseillé par un avocat ou par quelqu'un d'autre, d'être entendu, de faire des interventions en son nom et de prendre connaissance de celles qui ont été faites auprès de la Commission par d'autres parties aussi que des réponses qui ont été données.

En vertu du paragraphe (8), l'examen et l'audition doivent avoir lieu dans les plus brefs délais.

En vertu du paragraphe (9), un détenu ne peut être remis en liberté avant la fin de l'audition et de l'examen.

En vertu du paragraphe (10), la Commission doit suspendre la libération conditionnelle si elle estime que le détenu ne peut être remis en liberté parce qu'il est un criminel dangereux.

En vertu du paragraphe (11), un détenu qui est sous garde jusqu'à ce qu'il soit décidé de suspendre sa libération conditionnelle est censé purger sa peine pendant cette période.

En vertu du paragraphe (12), la suspension de la libération conditionnelle s'applique à tous les détenus et non seulement à ceux qui ont été condamnés après l'entrée en vigueur de l'amendement.

Le sénateur Deschatelets: Supposons un instant le cas d'un détenu qui passe par toutes ces étapes, mais qui, en fin de compte, se voit obligé par la Commission de purger sa peine jusqu'au bout. Doit-il perdre tout espoir? Je suppose qu'il ne peut faire une nouvelle demande. S'il a encore quatre ou cinq ans à purger avant la fin de sa peine, lui accordera-t-on une autre chance s'il se conduit bien?

L'honorable M. Kaplan: Cet individu ne pourra, en fait, être de nouveau admissible à une libération sous surveillance obligatoire, mais il pourra présenter une demande de libération conditionnelle. Ainsi, si les membres de la Commission des libérations conditionnelles sont prêts à en prendre le risque, il pourra bénéficier d'une libération conditionnelle de jour ou d'une libération conditionnelle totale.

Le sénateur Deschatelets: La décision prise par la Commission d'examiner les circonstances de la mise en liberté ne signifie-t-elle pas que le détenu devra purger sa peine jusqu'au bout?

L'honorable M. Kaplan: C'est exact.

Le sénateur Nurgitz: Le ministre et son adjoint semblent donner le même son de cloche. Le paragraphe (10), à la page 4, stipule que si la Commission conclut que le détenu ne doit pas être mis en liberté, elle doit:

«...ordonner que le détenu ne soit pas remis en liberté avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi par

[Text]

according to law solely as a result of remission, including earned remission.

Does that not mean what Senator Deschatelets has said, namely, that's it?

Hon. Mr. Kaplan: Remission is time off for good behaviour and it is granted in recognition of good behaviour. That form of release is denied to that individual for the balance of his sentence; but he is eligible, since he has served a third of his sentence, to apply to the Parole Board to be released.

Senator Nurgitz: In the ordinary way.

Hon. Mr. Kaplan: Yes, subject to all of the conditions that they care to impose. So the individual—I was going to say “man” but, as you know, a woman has already been gated—can hope by his or her behaviour to earn the chance to get out early.

The Chairman: May I ask if there was a particular reason why you chose a 30-day period? If the penitentiary authorities and the Parole Board were aware that they have an inmate who very likely would fall within these criteria, could they not deal with this problem earlier? If you wait until 30 days before his potential release before advising him of the possibility of his forfeiting what he might consider to be his earned time, I suspect it would be difficult to get the average criminal lawyer to be in attendance in time, to be able to take the case on behalf of the inmate. I am wondering why we wait until the last 30 days when the inmate might have been in there for three years.

Mr. Gibson: What we are reaching for is a reasonable compromise between making a maximum amount of information available to the Parole Board on which it can rationally conduct this process, while at the same time providing a reasonable opportunity to the inmate to prepare his or her case and to make representations, and to have this process completed so that if the decision is to allow the inmate to be released by virtue of remission, that can take place at an appropriate time.

I must say that the 30 days is not an arbitrary time period. If the board is in a position to give longer notice, it is, of course, free to do so under this process. The 30 day period appears to be a rational compromise based upon the experience that the Parole Board has had to date. It is, in normal circumstances, able to conduct the full process within that time delay.

The Chairman: Suppose that for whatever reason it could not get the hearing through. The counsel retained by the inmate might be unable to be there. Perhaps there are good and valid reasons on either side. What happens at the end of that 30-day period? The hearing has not been completed. Would you say that under other circumstances the inmate would be entitled to release? Are you going to hold him? Is there provision to keep holding him until a decision is made?

[Traduction]

suite uniquement d'une réduction de peine, y compris une réduction de peine méritée.»

Ce passage ne correspond-il pas à ce que le sénateur Deschatelets vient de dire?

L'honorable M. Kaplan: La réduction de peine est un allègement accordé en reconnaissance de la bonne conduite. Elle ne peut être accordée à l'intéressé pour le reste de sa peine; par contre, s'il en a purgé le tiers, il peut présenter une demande à la Commission des libérations conditionnelles en vue d'obtenir sa mise en liberté.

Le sénateur Nurgitz: De la façon habituelle?

L'honorable M. Kaplan: Oui, sous réserve des conditions que la Commission veut bien imposer. De cette façon, l'intéressé—j'allais dire l'«homme» mais, comme vous le savez, on a déjà suspendu la libération conditionnelle d'une femme—peut, par sa conduite, mériter de sortir plus tôt.

Le président: Y a-t-il une raison pour laquelle vous avez fixé un délai de 30 jours? Si les autorités pénitenciaires et la Commission des libérations conditionnelles savent qu'il y a un détenu qui répond vraisemblablement à ces critères, ne peuvent-elles pas régler le problème plus tôt? Si vous attendez 30 jours avant sa mise en liberté éventuelle pour l'informer qu'il risque de se voir refuser la libération conditionnelle à laquelle il croit avoir droit, je crois qu'il sera difficile de retenir à temps les services d'un avocat au criminel qui puisse s'occuper de l'affaire au nom du détenu. Je me demande pourquoi on attend jusqu'aux 30 derniers jours alors le détenu était peut-être incarcéré depuis trois ans.

M. Gibson: Nous tentons d'en arriver à un compromis raisonnable. Nous voulons fournir à la Commission des libérations conditionnelles le maximum de renseignements pour lui permettre de procéder de façon logique tout en donnant au détenu des chances raisonnables de préparer et de plaider sa cause. Nous voulons aussi accélérer le processus de sorte que si l'on décide de faire bénéficier le détenu d'une réduction de peine, sa libération ait lieu à la date prévue.

J'estime qu'une période de 30 jours n'est pas arbitraire. Si la Commission est en mesure de donner un avis plus longtemps à l'avance, elle est évidemment libre de le faire dans le cadre de ce processus. Une période de 30 jours semble être un compromis raisonnable, selon l'expérience de la Commission des libérations conditionnelles jusqu'à maintenant. Elle peut, dans des circonstances normales, mener à bonne fin tout le processus dans ce délai.

Le président: Supposons que pour une raison quelconque l'audience n'ait pas lieu. L'avocat dont le détenu a retenu les services, peut ne pas être disponible. Les deux parties peuvent avoir des empêchements valables. Que se produit-il à d'expiration de la période de 30 jours? L'audience n'a pas lieu. Estimez-vous que si les circonstances avaient été différentes, le détenu aurait pu être libéré? Allez-vous le garder en détention? Existe-t-il des dispositions prévoyant sa détention jusqu'à ce qu'une décision soit prise?

[Text]

Mr. Gibson: Yes. Subsection (9) on the fourth page specifically provides for the holding of the inmate until the hearing and review are completed.

Hon. Mr. Kaplan: At the same time, the statute calls for the board to hear the case expeditiously.

Senator Hastings: How long will it take to get before the Federal Court? If you have an adverse decision 15 days prior to the mandatory supervision date and the inmate wishes to appeal to the Federal court, how long will it take him to get to the Federal Court?

Hon. Mr. Kaplan: When review is sought by the Federal Court, in a case where a person's liberty is at stake, it is given a very high priority, as it is in other courts of the land. I do not think that a backlog of normal cases would delay an application to have a review of a decision cancelling mandatory supervision. I think that in the Moore case the Federal Court heard the matter within hours of the application. It is hard to predict exactly what the case load of courts will be and how they will handle it, but I can say, from practical experience of the present system, that it is not an unfair delay that is imposed on the individual.

Senator Hastings: Madam Chairman, I would now like to move into the area of predictability of violence. Unfortunately, Mr. Minister, I do not share your views that it is predictable. I speak not just from my own knowledge but I quote from departmental papers that you have issued. Time and time again the booklet issued by you says:

Though the accurate prediction of violence and non-violence is not yet within our capability, . . .

There is another sentence with respect to violence. The working committee stated:

We believe everyone should receive this chance . . .

That is, the chance of mandatory supervision:

because of the impossibility . . . of predicting with accuracy the likelihood of violence . . .

Time and again, in both the documents that I have had an opportunity of reading, there is reference to the impossibility of accurately predicting violent behaviour, and by this amendment we are now asking the National Parole Board to predict violence.

I draw your attention to the five-year study that was made, which indicated that 25.7 per cent of the inmates who are released on parole—those are inmates who are released on parole after being analyzed and scrutinized by the board—came back because of violent offences. So I do not share your view that these people have a great capability of predicting violent behaviour when, in fact, it is exactly the same percentage who come back to complete their sentences. In other words, 25 per cent come back as a result of violent offences whether they have completed their sentence or whether they

[Traduction]

M. Gibson: Oui. Le sous-alinéa (9) à la page 4 prévoit la détention jusqu'à ce que l'audience et l'examen aient eu lieu.

L'honorable M. Kaplan: La loi stipule aussi que la Commission doit faire diligence pour entendre la cause.

Le sénateur Hastings: Combien faut-il de temps pour interjeter appel de la décision à la Cour fédérale? Si une décision négative est prise 15 jours avant la date de libération sous surveillance obligatoire et que le détenu désire interjeter appel, combien faut-il de temps pour que sa cause soit entendue par la Cour fédérale?

L'honorable M. Kaplan: Lorsque l'on saisit la Cour fédérale d'un cas où la libération d'une personne est en jeu, celle-ci lui accorde la priorité, comme les autres tribunaux au Canada. Je ne crois pas qu'une demande en appelant d'une décision révoquant la libération sous surveillance soit retardée à cause d'une accumulation de cas à étudier. Je crois qu'en ce qui concerne l'affaire Moore, la Cour fédérale a entendue la cause quelques heures après avoir reçu la demande. Il est difficile de prévoir exactement la charge de travail d'un tribunal en particulier et la façon dont il procédera, mais je puis affirmer, d'après mon expérience du système actuel, que l'appelant n'a pas à attendre indûment pour faire entendre sa cause.

Le sénateur Hastings: Madame le Président, j'aimerais maintenant passer à la question de la possibilité de prédire la violence. Malheureusement, monsieur le ministre, je ne partage pas votre point de vue au sujet du caractère prévisible de la violence. Je ne me fonde pas seulement sur ma propre expérience. Je vais citer des extraits de documents publiés par votre ministère. On y répète à maintes reprises:

Même si nous ne sommes pas encore en mesure de prédire avec exactitude la violence et la non-violence . . .

Il y a une autre phrase concernant la violence. Le Comité a déclaré:

Nous sommes d'avis que tous devraient avoir la chance . . .

Il s'agit de la chance d'obtenir la libération sous surveillance obligatoire:

en raison de l'impossibilité . . . de prédire avec exactitude le risque de violence . . .

A maints endroits, il est mentionné dans ces documents que j'ai eu l'occasion de lire qu'il est impossible de prédire avec exactitude une conduite violente, et à l'aide de cet amendement, nous demandons maintenant à la Commission des libérations conditionnelles de prévoir les cas de violence.

J'attire votre attention sur l'étude quinquennale qui a été faite et qui indique que 25.7 p. 100 des libérés conditionnels—les détenus qui sont libérés après que leur cas a été analysé et examiné minutieusement par la Commission—sont renvoyés en détention pour cause de crimes violents. Donc, je ne partage pas votre opinion selon laquelle la Commission est réellement en mesure de prévoir un comportement violent lorsque, en fait, il y a exactement le même pourcentage de détenus qui sont renvoyés en détention pour finir de purger leur peine. En d'autres termes, 25 p. 100 sont réincarcérés à la suite d'actes

[Text]

were released by the Parole Board. So I do not share your view that this board has all of the knowledge necessary to predict definitely future violent behaviour.

Hon. Mr. Kaplan: I want to put a gloss on the statistics before coming to your question. Twenty-five point seven per cent came back, but of those who came back after being released, only 4.8 per cent came back for crimes of violence. To take your general point, certainly I stand by what I said about the general difficulty of predicting human behaviour. I think one of the glories of the human being, if you like, is the freedom that an individual has to alter his or her behaviour and to make choices. But with that very small number of cases—and I want to emphasize that we are not talking about large numbers of people here—predictions, in my view, are possible or close enough to being 100 per cent possible to justify taking steps to protect our fellow Canadians. You will be aware that 12 people have been gated by the Parole Board since September, some nine months ago. Two of those people did not leave for one reason or another, because of the court decision or because of their own decision. So 10 of these people have been released since September, all of whom we wanted to keep but the courts ordered them released. Three of those 10 are back behind bars now for new offences.

The Chairman: Violent offences?

Hon. Mr. Kaplan: They have not been convicted yet and I will not give you the particular cases but I shall tell you what they were reincarcerated for. One is in for brandishing a meat cleaver at somebody, a second for possession of a dangerous weapon and a third for assaulting a guard at the time of his release.

So, again, I agree with the generality of the difficulty of predicting but I think that the Parole Board was on to a very valid distinction in targeting a small number as highly predictable as this group.

Senator Hastings: You said "a small number", yet, you said in your statement that the Parole Board would use restraint. I understand that there are about 120 people on their "hit" list now, is that correct?

Hon. Mr. Kaplan: I have not heard that figure. I have heard the figure of two or three per month as the approximative numbers. I know there is a big difference between you and me on this issue, but I would remind you again that we are agreeing to the imposition of a three year period on this provision, merely because we would not want to see it over used by, for example, denying repeatedly the benefit of the doubt to people who deserve a chance on the street.

Senator Hastings: I do not think we are as far apart as you might think. What I disagree with you on is the use of a board

[Traduction]

de violence, qu'ils aient purgé leur peine ou qu'ils aient été libérés par la Commission des libérations conditionnelles. Je ne partage donc pas votre point de vue selon lequel la Commission possède toutes les données nécessaires pour prévoir de façon définitive une conduite violente.

L'honorable M. Kaplan: J'aimerais atténuer un peu les faits avant de répondre à votre question. Il y en a 25,7 p. 100 qui sont renvoyés en détention après avoir été libérés, mais parmi eux, seulement 4,8 p. 100 reviennent à cause d'actes de violence. En ce qui concerne votre argument général, je suis certes prêt à répéter qu'il est très difficile de prévoir le comportement humain. Je crois qu'un des aspects les plus nobles de l'être humain, si vous voulez, c'est la liberté qu'il possède de modifier son comportement et de choisir. Mais étant donné le nombre minime de cas—et j'insiste sur le fait qu'il s'agit ici d'un très petit nombre—les prévisions, à mon avis, sont assez exactes pour justifier l'adoption de mesures visant à protéger nos concitoyens. Vous savez qu'il y a eu douze cas de suspension immédiate par la Commission des libérations conditionnelles depuis septembre, c'est-à-dire en neuf mois. Deux de ces détenus n'ont pas été libérés pour une raison ou pour une autre, soit par décision du tribunal, soit de leur propre volonté. Donc dix d'entre eux ont été libérés depuis septembre; c'était tous des détenus que nous voulions garder en détention, mais les tribunaux ont ordonné leur libération. Trois sur les dix sont maintenant derrière les barreaux à cause de nouvelles infractions.

Le président: Des crimes violents?

L'honorable M. Kaplan: Ils n'ont pas encore été condamnés et je ne préciserai pas de quoi il s'agit, mais je vais vous dire la raison pour laquelle ils ont été réincarcérés. Le premier pour avoir brandi un couperet à viande en menaçant quelqu'un, le deuxième pour possession d'une arme dangereuse et le troisième pour voies de fait sur un gardien au moment de sa libération.

Donc, je le répète, j'admets, en général, qu'il est difficile de prévoir le comportement, mais je crois que la Commission des libérations conditionnelles a fait preuve de discernement en visant un petit groupe comme celui-ci dont le comportement était très prévisible.

Le sénateur Hastings: Vous avez parlé d'un "petit nombre", mais vous avez dit dans votre déclaration que la Commission des libérations conditionnelles agirait avec prudence. Si je comprends bien, il y en a actuellement environ 120 sur sa liste «cible» des détenus en question, est-ce exact?

L'honorable M. Kaplan: Je n'ai pas entendu ce chiffre. J'ai entendu dire qu'il y en avait environ deux ou trois par mois. Je sais qu'il existe une grande divergence d'opinion entre vous et moi à ce sujet, mais je vous rappellerai de nouveau que nous convenons d'une période de temporisation de trois ans simplement parce que nous voulons éviter qu'il y ait des abus, par exemple, qu'on refuse à plusieurs reprises d'accorder le bénéfice du doute à des individus qui méritent qu'on leur donne une chance d'être libérés.

Le sénateur Hastings: Je ne pense pas que la différence d'opinion soit aussi grande que vous le croyez. Sur quoi je ne

[Text]

and providing for the use of it by amending the provisions on appeals to courts, which should be where decisions are made when the liberty of the individual is interfered with.

Hon. Mr. Kaplan: I think the review will be very important where the individual is denied a fair hearing or due process isn't followed.

Senator Nurgitz: What we are talking about here are those cases where inmates are blatant and obvious in their misconduct through things they have said and done. I don't want to get into the issue of predictability raised by Senator Hastings or the crystal ball business but, surely, that is what this provision is designed to cover.

Hon. Mr. Kaplan: We are in the crystal ball business insofar as parole and mandatory supervision conditions are concerned. However, gating is targeted at those who are very obvious cases.

Senator Nurgitz: Other than these amendments set out in the paper distributed to us, is Bill S-32 left intact?

Hon. Mr. Kaplan: Yes. This is an addition.

Senator Nurgitz: So some of the concerns that have been raised by this committee are still there, as indicated by the questions raised by members this morning, and you are asking us to reconsider them?

Hon. Mr. Kaplan: As I remember, one of the main concerns expressed by the committee was more comprehensive protection in relation to dangerous offenders. So in that sense I think we have been responsive. But we are proposing that the procedure relating to the revolving door syndrome remain as it is.

The Chairman: May I ask for further clarification on that? I think I expressed to you the concern of the committee that there were no criteria set out with respect to the revocation procedure to eliminate the possibility of revocation for what we consider to be minor infractions of the rules. Since you have been able to set out criteria on other issues it seems to me that it would be possible to do the same thing with respect to the present provisions of Bill S-32. I say that keeping in mind what I have read about comments that you have purportedly made within the last week or so about your concern over the imprisonment of inmates who are there for non-violent offences and to the effect that you would like to see more of them released on some basis. It seems to me that this would be the logical and best time to insert something on this issue to prevent the reincarceration of people who have committed minor infractions, in order to be consistent with what you are trying to do here.

Hon. Mr. Kaplan: Madam Chairman, of course, I am in the hands of the committee which will review and deal with the bill in the manner that it considers desirable. Personally, I think that specific criteria would be counter-productive. As I

[Traduction]

suis pas d'accord avec vous, c'est qu'on ait recours à une commission, ou que l'on prévoit lui accorder, en modifiant les dispositions concernant les appels devant les tribunaux; ceux-ci devraient être les seuls à prendre des décisions lorsque la liberté d'un individu est en jeu.

L'honorable M. Kaplan: Je suis d'avis que la révision judiciaire est très importante lorsque l'on refuse à un individu une audition ou que l'on ne suit pas le processus normal.

Le sénateur Nurgitz: Il s'agit ici des cas où le comportement d'un détenu est flagrant et évident, compte tenu des paroles qu'il a prononcées ou de ce qu'il a fait. Je ne veux pas parler de la question soulevée par le sénateur Hastings à propos du caractère prévisible du comportement ou de la boule de cristal, mais c'est sûrement la raison pour laquelle cette disposition existe.

L'honorable M. Kaplan: Il s'agit bien de la boule de cristal en ce qui concerne les conditions de libération conditionnelle ou de libération sous surveillance obligatoire. Mais la suspension immédiate vise seulement les cas flagrants.

Le sénateur Nurgitz: Outre les amendements figurant dans le document qui nous a été distribué, le projet de loi S-32 reste-t-il intact?

L'honorable M. Kaplan: Oui, ceci est un supplément.

Le sénateur Nurgitz: Comme l'indiquent les questions posées par les membres ce matin, certains des problèmes soulevés par ce comité existent toujours et vous nous demandez de les examiner de nouveau?

L'honorable M. Kaplan: Pour autant que je me souviene, une des principales préoccupations exprimées par le comité avait trait à une protection plus complète en ce qui concerne les contrevenants dangereux. En ce sens, je pense donc que nous avons répondu à vos attentes. Nous proposons toutefois que la procédure concernant le syndrome de la porte tournante demeure inchangée.

Le président: Puis-je demander d'autres précisions à ce sujet? Je pense vous avoir fait part des préoccupations du comité face au fait que procédure de révocation n'est pas dotée de critères qui permettraient d'empêcher qu'on y ait recours pour ce que nous considérons comme des infractions mineures au règlement. Étant donné que vous avez pu établir des critères à d'autres sujets, il me semble qu'il devrait être possible de faire la même chose en ce qui concerne les dispositions actuelles du projet de loi S-32. Je fais cette observation eu ayant à l'esprit les propos que vous avez apparemment formulés la semaine dernière au sujet de l'emprisonnement de détenus pour des délits non violents; il semble que vous ayez dit souhaiter qu'un plus grand nombre d'entre eux soient libérés sous certaines conditions. En toute logique, il me semble que vous avez maintenant une belle occasion de faire quelque chose à ce sujet et empêcher la réincarcération de personnes coupables d'infractions mineures.

L'honorable M. Kaplan: Madame le président, je m'en remets au bien entendu comité qui étudiera le projet de loi de la façon qu'il juge opportune. Personnellement, je suis d'avis qu'il serait contre-indiqué d'établir des critères précis. Comme

[Text]

indicated before, they would undermine the authority of the parole supervisor because he would lose the power he might have in a proper case to bring someone back behind bars on grounds other than those contained in the criteria. For example, if the criteria required a specific type of conduct by the individual he would know that he could just barely stay within the limits imposed by the criteria and escape any sanction by the parole supervisor. Secondly, I think it should be possible to revoke an offender's mandatory supervision for a relatively minor act if that act is part of a pattern of conduct. The pattern of conduct could involve simply not reporting or not giving a proper account of where the individual's money is coming from, where the individual is living, the individual's relationship with a known criminal and so on which, in themselves, are hard to put into criteria and to formalize but in a pattern might lead to a point where an appeal supervisor would be justified in calling that person back behind bars for some relatively small thing which in itself is unfair but which is not unfair on the basis of the larger pattern.

Senator Nurgitz: Could you direct me to the appeal provision?

Hon. Mr. Kaplan: The appeal provision is implied. It is not specifically provided in the law because of the provision of the Federal Court Act, and cases under that act which create a power of review. I am glad that you asked that question because I would like it to be on the record of a Parliamentary committee. I refer you to Section 28(1) of the Federal Court Act which provides in part that:

—the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an—administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal—

And it goes on to list the three grounds to which I referred in my answer to Senator Hastings; a failure to observe a principle of natural justice, an error in law or an erroneous finding of fact.

Senator Nurgitz: If I may say so, Mr. Minister, that is very much like any other special writ, such as a *certiorari*, from any kind of board hearing and which affects the board's jurisdiction. Your initial statement, or Mr. Gibson's, left me with the impression that there was a right of appeal. To put it in terms of an example, assuming all time requirements are met, if there is a board hearing for a prisoner who is believed to be dangerous and the board satisfied itself that he ought to serve the remainder of his warranted period inside, his appeal is then of a different kind from what I was led to believe. When you spoke broadly of an appeal, many of us on the committee had the impression that it was an appeal somewhat like a trial *de novo* at which the accused could appear and could, in effect, say, "Let me tell you that I am not dangerous but am really a

[Traduction]

je l'ai déjà mentionné, ils saperaient l'autorité du surveillant des libérés conditionnels qui perdrait son pouvoir éventuel de ramener quelqu'un derrière les barreaux pour des raisons autres que celles contenues dans les critères. Si, par exemple les critères exigeaient un type de conduite donné de la part de l'individu, ce dernier saurait qu'il lui serait possible d'échapper à toutes les sanctions du surveillant des libérés conditionnels en se cantonnant simplement dans les limites imposées par les critères. En second lieu, je pense qu'il devrait être possible de révoquer la surveillance obligatoire d'un délinquant pour un acte relativement mineur si ce dernier s'inscrit dans un mode de conduite global. Ne pas donner de ses nouvelles ou ne pas préciser d'où l'on tire ses revenus, ne pas indiquer où l'on réside ou avoir des relations avec un criminel connu, etc. constituent des critères difficiles à établir et à préciser. Mais si ces peccadilles forment un mode de conduite habituel, un surveillant des appels serait justifié de faire revenir cette personne derrière les barreaux. En effet un délit relativement mineur est en soi un motif injuste mais il ne l'est pas considéré dans un contexte plus large.

Le sénateur Nurgitz: Pourriez-vous m'indiquer la disposition concernant l'appel?

L'honorable M. Kaplan: La disposition en matière d'appel est sous-entendue. Elle n'est pas précisée dans la loi étant donné que les dispositions de la Loi sur la Cour fédérale et les cas assujettis à cette loi donnent le droit de procéder à un examen. Je suis heureux que vous me posiez cette question parce que j'aimerais qu'elle figure au procès-verbal d'un comité parlementaire. Je me reporte au paragraphe 28(1) de la Loi sur la Cour fédérale qui stipule en partie:

la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

Elle énumère ensuite les trois motifs auxquels j'ai fait allusion en répondant au sénateur Hastings, à savoir ne pas observer un principe de justice naturelle, une erreur de droit ou une conclusion de fait erronée.

Le sénateur Nurgitz: Si je peux m'exprimer ainsi, monsieur le Ministre, cela ressemble beaucoup à n'importe quel bref spécial, tel qu'un bref de *certiorari* de n'importe quelle audience d'une commission et qui a trait à son champ de compétence. Votre première déclaration, ou celle de monsieur Gibson, m'avait donné l'impression qu'il existait un droit d'appel. A titre d'exemple, en supposant que toutes les exigences en matière de délai sont respectées, s'il y a une audience de la commission pour un prisonnier que l'on croit dangereux et si la commission estime qu'il doit purger le reste de sa condamnation en prison, son appel est d'un type différent de celui que je croyais. Lorsque vous avez parlé d'un appel au sens large, un grand nombre d'entre nous au comité avons eu l'impression qu'il s'agissait d'un appel ressemblant dans une certaine

[Text]

good fellow." In other words, if you cannot attack it on almost jurisdictional grounds, it seems to me that your appeal to the federal court is not much of an appeal.

Hon. Mr. Kaplan: Well, it is not in a technical sense an appeal. It is a review. That is the expression that I have tried to use in describing it. The reason for the review rather than the appeal is that my feeling, and that of cabinet, was that making it a formal appeal would change the nature of the parole board process. That process is not strictly judicial in nature. It is not handled in an adversarial way, for example.

I hope some of you have had the opportunity of being present at parole hearings—

Senator Nurgitz: I have.

Hon. Mr. Kaplan: ... in order to hear the way in which the parole hearing operates. It is almost a tutorial experience for an individual who may be denied but then encouraged to reapply some months later, after taking some programs or taking account of some advice from the parole board.

The parole board is unique, but it is highly satisfactory in its ability not just to make a determination but to provide guidance and encouragement and direction to the inmate.

The advice we had was that, if an appeal of a formal nature were provided, the hearing of the parole board would tend to become judicialized adversarial in a way which would make it far less beneficial to the criminal justice system and to the individual. That is the reason that a review is available as opposed to a formal appeal. It is to take account of the civil liberties aspect.

Mr. Gibson, do you want to add something to that?

Mr. Gibson: Madam Chairman, If I may simply indicate what the minister emphasized in his opening statement, the experience of the courts in the application of the section 688 criteria, which are difficult criteria to apply in a formal judicial sense, has not been particularly satisfactory from the viewpoint of society in our opinion. For that reason the less formalized procedure, which is here proposed, is being emphasized with, for the first time, a clear view, which has been given to us by the Department of Justice, that the nature of this process is amenable to the section 28 process of the federal court, rather than to the less formalized processes of equitable writs, which really have not proved particularly satisfactory. In a sense we are quasi-judicializing this process, if I may use that expression. We are not going to full route to judicializing it, but we are moving it one step from the administrative process, which is the normal pattern of parole board hearings.

Senator Nurgitz: I have two quick responses to the deputy minister. First, his minister is urging the provincial attorneys general to use the code sections, but, as you know, when the

[Traduction]

mesure à un nouveau jugement où l'accusé pouvait comparaître et déclarer «permettez-moi de vous dire que je ne suis pas dangereux mais vraiment un bon citoyen». En d'autres termes, s'il n'est pas possible d'interjeter appel sur des bases quasi juridictionnelles, à quoi sert-il de faire appel devant la Cour fédérale?

L'honorable M. Kaplan: Il ne s'agit pas d'un appel au sens technique. C'est un examen. C'est l'expression que j'ai essayé d'utiliser pour le décrire. A mon avis, et c'est également celui du cabinet, il s'agit d'une révision plutôt que d'un appel en bonne et due forme parce qu'un appel officiel aurait changé la nature du processus de la Commission des libérations conditionnelles. Par sa nature, ce processus n'est pas strictement judiciaire. Par exemple, il n'est pas conduit de façon contradictoire.

J'espère que certains d'entre vous ont eu l'occasion d'assister aux audiences concernant les libérations conditionnelles—

Le sénateur Nurtitz: C'est mon cas.

L'honorable M. Kaplan: ... afin de voir la façon dont elles se déroulent. C'est presque une tutelle en ce sens que l'individu peut voir sa demande rejetée mais il peut être encouragé à en présenter une autre quelques mois plus tard, après avoir suivi quelques programmes ou tenu compte de quelques conseils de la commission des libérations conditionnelles.

La commission de libération conditionnelle est unique; elle est non seulement apte à rendre des décisions mais également à prodiguer des conseils et des encouragements à un détenu.

Nous avons été informés qu'en cas d'appel officiel, les audiences de la Commission des libérations conditionnelles tendraient à prendre un caractère judiciaire et antagoniste, ce qui le rendrait beaucoup moins bénéfique et pour le système de justice pénale et pour l'individu. C'est la raison pour laquelle un processus de révision plutôt que d'appel en bonne et due forme. C'est pour tenir compte de l'aspect des libertés civiles.

Monsieur Gibson, désirez-vous ajouter quelque chose?

M. Gibson: Madame le Président, je voudrais simplement commenter ce que le ministre a souligné dans sa déclaration préliminaire. A notre avis, l'expérience des tribunaux dans l'application des critères de l'article 688, qui sont difficiles à appliquer dans un cadre judiciaire officiel, s'est révélée plutôt décevante du point de vue de la protection de la société. Pour cette raison, la procédure plus souple qui est proposée ici est recommandée pour la première fois à partir de l'opinion, que nous a donnée le ministère de la Justice, que par sa nature, elle correspond mieux aux termes de l'article 28 prévoyant l'intervention de la Cour fédérale que la procédure moins officielle des brefs qui ne s'est pas avérée particulièrement satisfaisante. Dans un sens, nous sommes en train de rendre cette procédure quasi-judiciaire, si vous me permettez l'expression. Nous n'allons pas jusqu'à la judicialisation complète mais nous, nous allons plus loin que le processus administratif, ce qui est normal dans le cadre des audiences de la Commission des libérations conditionnelles.

Le sénateur Nurgitz: J'ai deux brèves réponses pour le sous-ministre. Tout d'abord, son ministre exhorte les procureurs généraux des provinces à se référer aux articles du Code

[Text]

provincial attorney general from British Columbia appeared before us he told us the section was so complicated and so complex that it was too difficult to use. We were also told by the Justice Department officials that the job of attempting to obtain a finding under section 688 is so difficult that one is better served—I think this is what we were told—to go with the thrust of the main offence and try for as heavy a sentence as possible in the beginning.

Hon. Mr. Kaplan: How does he explain the fact that other provinces are far more successful in obtaining dangerous offender designations?

Senator Nurgitz: I am not taking his side. I am simply telling you what he said.

I must say that I am troubled at the idea that there is an appeal provision, because it seems to me that, if there were no appeal provision, there would still exist and be available in any event these rights to go to the Federal Court to determine that there has been an error in the law and so on. In other words, an incarcerated person does not get a second kick at the cat, nor does he have someone rehearing the facts upon which he was originally locked up.

Hon. Mr. Kaplan: Let me tell you what he gets. He gets to argue before a court of appeal that the parole board failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction; that it erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record, and that it based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner without regard to the material before it.

That is the review that is available. It is not a full, judicial appeal, for the reasons I outlined, but it is in a sense a second kick at the cat to a degree.

The Chairman: The Humane Society may get after you.

Hon. Mr. Kaplan: Mixed metaphors can get you into trouble.

Senator Nurgitz: I believe that saying that there is an appeal provision there might mislead someone into believing that, if he was not convincing to the parole board, he could go to the federal court to argue the merits of his case. A finding of fact by the parole board is a finding of fact which cannot be disturbed, unless it is obviously perverse.

Hon. Mr. Kaplan: I concede the point that it is less than an appeal, but it is a form of review.

Senator Deschatelets: Pursuant to the point raised by my colleague Senator Nurgitz, how can we have the assurance that at a hearing before the board an inmate will be assisted by a lawyer?

Hon. Mr. Kaplan: It is provided in the law that he is entitled to that. However, whether he receives the help of a lawyer may depend on his resources or on the support available within the

[Traduction]

mais, comme vous le savez, lorsque le procureur général de la Colombie-Britannique a comparu devant nous, il nous a déclaré que ces articles étaient tellement compliqués et complexes qu'il était trop difficile de s'en servir. Les fonctionnaires du ministère de la Justice nous ont également déclaré qu'il est tellement difficile d'essayer d'obtenir une décision en vertu de l'article 688 qu'il est préférable—je pense que c'est ce qu'on nous a dit—de se fonder sur le délit principal et d'essayer d'obtenir, dès le départ, la plus lourde condamnation possible.

L'honorable M. Kaplan: Comment explique-t-il le fait que les autres provinces réussissent beaucoup mieux à obtenir la désignation des délinquants dangereux?

Le sénateur Nurgitz: Je ne prends pas son parti. Je vous rapporte simplement ce qu'il a déclaré.

J'avoue que je suis inquiet à l'idée qu'il y ait une disposition en matière d'appel parce qu'il me semble que même en l'absence d'une telle disposition, il demeure toujours possible de s'adresser à la Cour fédérale pour déterminer si la loi comporte une erreur, etc. En d'autres mots, un détenu n'a pas de deuxième chance, et n'a pas l'occasion de faire réexaminer les faits pour lesquels il avait été enfermé à l'origine.

L'honorable M. Kaplan: Laissez-moi vous dire ce qu'il peut faire. Il peut alléguer devant une Cour d'appel que la Commission des libérations conditionnelles n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a dépassé ses compétences ou a refusé de les exercer; qu'elle a commis une erreur de droit en rendant sa décision ou son décret, que l'erreur soit inscrite ou non dans les procédures, et qu'elle a fondé sa décision ou son décret sur une constatation de fait erronée à laquelle elle est arrivée sans tenir compte des preuves présentées.

Voilà l'examen qui est offert. Il ne s'agit pas d'un appel juridique complet, pour la raison que j'ai indiquée, mais il s'agit en quelque sorte d'une deuxième chance, il peut avoir d'autres chats à fouetter.

Le président: La Société protectrice des animaux pourrait vous en vouloir.

L'honorable M. Kaplan: On peut avoir des problèmes lorsqu'on utilise mal des métaphores.

Le sénateur Nurgitz: Je crois que le fait de dire qu'il existe un appel risque de porter quelqu'un à croire que s'il ne réussit pas à convaincre la Commission des libérations conditionnelles, il pourrait s'adresser à la Cour fédérale pour défendre son affaire. Une constatation de fait par la Commission des libérations conditionnelles est une constatation de fait qui ne peut être contestée, à moins qu'elle ne soit de toute évidence fausse.

L'honorable M. Kaplan: Je suis d'accord qu'il ne s'agit pas tout à fait d'un appel, mais d'une sorte d'examen.

Le sénateur Deschatelets: Suite au point qu'a soulevé mon collègue le sénateur Nurgitz, comment pouvons-nous être assurés qu'un détenu sera aidé par un avocat lors d'une audience devant la Commission?

L'honorable M. Kaplan: Il y a droit en vertu de la loi. Cependant, l'aide d'un avocat peut dépendre de ses ressources ou des services offerts au sein de l'institution. Je peux toutefois

[Text]

institution. I can assure you, though, that that support is considerable in almost every one of our institutions. There is a whole fabric of volunteer support available.

Senator Deschatelets: There is?

Hon. Mr. Kaplan: Yes, there is in almost every one of our institutions. Moreover, the legal aid plans in a number of provinces extend to federal inmates in the particular province. Of course, they are supported by federal tax dollars as well.

Senator Deschatelets: If the inmate has the benefit of legal assistance, he may be informed or advised about a possible appeal. In any case, I wanted to have the assurance that he would be assisted, even if he did not have a cent.

Hon. Mr. Kaplan: I cannot give the categorical assurance, but I can assure you that a support system is available in our institutions to assist inmates. In addition, I can tell you that in a lot of parole hearing cases inmates bring along a fellow inmate or a member of the inmate committee to assist them, and there are some great lawyers—not professional lawyers—but there is a great deal of legal expertise in some of our institutions.

Senator Lapointe: Did you say that this amendment will stand on a three-year trial basis?

L'honorable M. Kaplan: Ce ne serait pas celui que nous avons présenté lors de notre dernière comparution, mais celui que j'ai présenté ce matin.

Senator Lapointe: If every inmate who is gated were to appeal to the Federal Court taking advantage of this provision, would you conclude that that would complicate the matter and give you some trouble?

Hon. Mr. Kaplan: No, I think that the parole board ought not to give too much weight to whether others are appealing in dealing with cases where it thinks gating is appropriate. However, I would think in a lot of cases there will be appeals because inmates have a lot at stake in these decisions that affect their freedom, and the process of the parole board will be taken very seriously because of the possibility of appeal, so I think it is going to make a difference in that sense in the way the parole board operates.

Senator Lapointe: If the inmates fail to satisfy the parole board at first, do you think that many will be liberated by the parole board after they have been gated? You say that if they are gated the parole board will take care of them. Maybe the majority will fail to pass the test of the parole board.

Hon. Mr. Kaplan: Senator, doesn't it depend on how long the mandatory supervision is and what the problem is? I could go through this list of the twelve cases and tell you of some who warned us not to let them go, saying that they could not handle themselves in the free society and ironically we had to let them go in spite of their own feeling that they could not handle their freedom.

[Traduction]

vous assurer que ces services existent dans la plupart de nos institutions. Il existe toute une armée de bénévoles.

Le sénateur Deschatelets: Ah oui?

L'honorable M. Kaplan: Oui, dans presque toutes nos institutions. En outre, dans certaines provinces, l'aide juridique est offerte aux détenus de responsabilité fédérale dans la province. Ils reçoivent évidemment l'aide du gouvernement fédéral.

Le sénateur Deschatelets: Si le détenu peut bénéficier d'une aide juridique, on peut l'informer de la possibilité d'un appel ou lui conseiller d'y recourir. Quoi qu'il en soit, je voulais être certain qu'il recevrait de l'aide, qu'il ait de l'argent ou non.

L'honorable M. Kaplan: Je ne peux être catégorique, mais je peux vous assurer que nos institutions disposent de services pour aider les détenus. En outre, dans de nombreuses audiences de libération conditionnelle, les détenus sont accompagnés par un autre détenu ou un membre du comité des détenus pour les aider, et il existe de très bons avocats—pas des avocats professionnels—mais il y a beaucoup de spécialistes en droit dans certaines de nos institutions.

Le sénateur Lapointe: Avez-vous dit que cette modification serait mise à l'essai pour une période de trois ans?

Hon. Mr. Kaplan: It wouldn't be the one we tabled the last time we were here, but the one I tabled this morning.

Le sénateur Lapointe: Si tous les détenus à qui l'on supprimait la libération conditionnelle devaient faire appel à la Cour fédérale au moyen de cette disposition, êtes-vous d'avis que cela compliquerait les choses et vous donnerait des difficultés?

L'honorable M. Kaplan: Non, je ne crois pas que la Commission des libérations conditionnelles devrait accorder trop d'importance aux autres appels lorsqu'elle traite des cas où elle juge que la suspension immédiate de la libération est justifiée. Cependant, je crois que dans de nombreux cas il y aura des appels parce que intérêts des détenus sont en cause dans ces décisions qui touchent leur liberté, et les travaux de la Commission des libérations conditionnelles seront pris très au sérieux en raison de la possibilité d'appel, de sorte que je crois qu'il y aura une différence en ce sens dans la façon de fonctionner de la commission des libérations conditionnelles.

Le sénateur Lapointe: Si les détenus ne satisfont pas aux exigences de la Commission des libérations conditionnelles la première fois, croyez-vous qu'un bon nombre d'entre eux seront libérés par la Commission après la suspension de leur libération? Vous dites que si on suspend leur libération, la Commission des libérations conditionnelles s'en occupera. Peut-être que la majorité ne satisferont pas aux critères de la Commission des libérations conditionnelles.

L'honorable M. Kaplan: Monsieur le sénateur, est-ce que cela ne dépend pas de la durée de la surveillance obligatoire et de la nature du problème? Je pourrais vous énumérer les douze cas et même vous dire que certains nous ont averti de ne pas les libérer, en alléguant qu'ils ne pourraient pas se comporter correctement dans la société, et fait ironique, nous avons dû les

[Text]

In a case like that, if an individual is effectively treated in some way between the gating decision and the end of his warrant, he might be released early by the parole board if he felt that he had come to terms with his problem, whether it was alcoholism or drug addiction or whatever. He might then feel competent to be free and he might seek parole and be given it.

Senator Lapointe: This stands mainly for long sentences?

Hon. Mr. Kaplan: Yes, it is more likely in long sentences than in short.

Senator Nurgitz: Does the Penitentiary Act or Parole Act, in reference to the word "counsel" mean a member of the bar?

Mr. Gibson: Madam Chairman, that term is not defined in either act, but I might indicate that in the French version, the term is "avocat", which is perhaps even more specific than "counsel". I think certainly the Federal Court, under the review provision, would interpret it as legal counsel.

Senator Nurgitz: As you know, the practice in institutions in many of the provinces during parole hearings is to have counsellors of one sort or another from the institution who provide, in essence, what court counsel provides, and I am a little troubled by the wording "to be assisted by counsel". At some point, one could say "legal counsel, to be heard personally and by counsel and to have representations made...". That, in effect, is sort of a witness.

Mr. Gibson: Yes.

Hon. Mr. Kaplan: We go on in another section and specify that any person can assist. You are looking at 7(b)?

... to have representations made on his behalf by any reasonable number of persons ...

Senator Nurgitz: That is the section I was referring to, Mr. Minister. The representations made on his behalf. I am more concerned with the question of the inmate coming in and being assisted. That virtually says that he sits at counsel table with a lawyer. The practice now in so many places, in fact, is that one of the prison counsellors who is not a lawyer but probably a social worker or a psychologist, is doing that sort of work and I am wondering whether that should not be clearer. "Representations made by or on behalf of "almost implies character witnesses and that sort of thing.

Hon. Mr. Kaplan: I put it to you, senator, one of the difficulties of allowing anyone to have that status of assisting could lead to unruly and undisciplined hearings before the parole board because it is one thing to have a fellow inmate there and ask him if he has anything to say on behalf of his brother inmate who may be about to be gated. It is another

[Traduction]

laisser partir malgré leur aveu qu'ils ne pourraient pas faire face à leur nouvelle liberté.

Dans un cas pareil, si on fait subir un traitement efficace à un détenu entre le moment de la décision de suspendre sa libération et la fin de son mandat, la commission des libérations conditionnelles pourrait le libérer plus tôt s'il était d'avis qu'il avait réglé son problème, qu'il s'agisse d'alcoolisme ou d'un problème de drogue, ou d'autre chose. Il peut se sentir prêt à être libéré, et il peut demander qu'on le libère, et on peut le faire.

Le sénateur Lapointe: Cela s'applique surtout aux peines de longue durée?

L'honorable M. Kaplan: Oui, cela est plus probable pour les peines de longue durée que pour les peines de courte durée.

Le sénateur Nurgitz: Est-ce que le mot «avocat» dans la Loi sur les pénitenciers ou la Loi sur les libérations conditionnelles des détenus désigne un membre du barreau?

M. Gibson: Madame le président, ni l'une ni l'autre de ces deux lois ne définit ce mot, mais je peux vous indiquer que dans la version française, l'expression est «avocat», ce qui est peut-être plus précis que le «counsel» en anglais. Je crois qu'en application de la disposition concernant l'examen, la Cour fédérale l'interpréterait sûrement dans le sens de conseiller juridique.

Le sénateur Nurgitz: Comme vous le savez, lors des audiences de libération conditionnelle, les institutions de bon nombre de provinces utilisent des conseillers qui fournissent essentiellement les mêmes services qu'un avocat devant un tribunal, et je m'inquiète un peu de la formation «d'être conseillé par un avocat». À un moment donné, on pourrait dire «conseiller juridique, d'être entendu personnellement et par avocat et d'y avoir des représentations faites...». Il s'agit en fait d'un genre de témoin.

M. Gibson: Oui.

L'honorable M. Kaplan: Dans un autre alinéa, on précise que n'importe qui peut aider. Vous parlez du paragraphe 7(b)?

... d'y avoir des représentations faites en son nom par un nombre raisonnable de personnes; ...

Le sénateur Nurgitz: C'est l'alinéa dont je parlais, Monsieur le ministre. Les représentations faites eu son nom. Je me préoccupe davantage de la question du détenu qui entre et qui reçoit de l'aide. On dit pratiquement qu'il est assis à la table des conseillers avec un avocat. Dans de si nombreux endroits à l'heure actuelle, c'est un des conseillers de la prison, pas un avocat, mais probablement un travailleur social ou un psychologue, qui fait ce genre de travail, et je me demande si nous ne devrions pas être plus clair. «des représentations faites par ou pour...» suppose pratiquement un témoin de moralité et ce genre de chose.

L'honorable M. Kaplan: Monsieur le sénateur, l'une des difficultés que représente le fait de permettre à n'importe qui d'aider lors des audiences c'est que cela pourrait donner lieu à des audiences sans discipline devant la Commission des libérations conditionnelles. C'est une chose que de demander à un autre détenu s'il a quelque chose à dire en faveur de son

[Text]

thing to give conduct of the case to an individual who is not a counsel learned in the law and who might be very difficult to handle. Again, it is a technical point.

Senator Nurgitz: My point really in raising it is the fact that parole hearings now are held in many, many instances without benefit of counsel—that is members of the bar—but they are assisted by prison staff who are your employees. I must hasten to add that I have nothing against lawyers.

Hon. Mr. Kaplan: I am reminded that the parole regulations do allow assistance by “person of his choice” so in fact in front of a parole board, non-lawyers are allowed to play a large counsel role. Perhaps you want to make an amendment on this more serious matter.

The Chairman: May I just have some clarification for the record with regard to review by the Federal Court. Is that as a matter of right? I am referring to section 28.

Hon. Mr. Kaplan: It is not a full appeal, but it is available as a matter of right.

The Chairman: Senator Nurgitz, I thought you might be interested in this answer with respect to the review by the Federal Court.

Hon. Mr. Kaplan: It is not an appeal, as I indicated, but it is available as a matter of right. That is, you do not need to seek leave to make this application.

The Chairman: May I ask another question for clarification. You have in subsection 6 and subsection 7 provisions that the inmate will be furnished with certain information relative to his hearing, subject to the Privacy Act and any other act of Parliament. I have looked in the dangerous offenders sections and I do not see any such provision in those sections. I am wondering why they are there.

Hon. Mr. Kaplan: Very often, the file of an inmate contains information provided by a source such as a doctor, and the law protects that information and it would not be shown to the individual who is the subject of that report. The purpose of this section is to continue that privilege in the interests of ensuring that the correctional service in Canada will continue to get the best information available, including information from sources and professionals, and that it will be protected from its subject.

The deputy Minister has had considerable experience with that, because most of the requests made to the government for information by individuals about themselves have been by ex-inmates, and he has the statutory responsibility of reviewing the files and agreeing to the exclusions made to protect sources.

[Traduction]

confrère détenu dont on doit bientôt suspendre la libération conditionnelle, mais c'est toute autre chose que de laisser diriger l'affaire par une personne qui n'est pas un conseiller versé dans la science du droit, avec qui il serait difficile de traiter. Un fois de plus, il s'agit d'une question d'ordre technique.

Le sénateur Nurgitz: En fait, j'ai soulevé cette question parce que dans de nombreux, de très nombreux cas, on procède à des audiences de libération conditionnelle sans avocats—c'est-à-dire des membres du barreau—mais on recourt au personnel du pénitencier qui sont vos employés. Je tiens à souligner que je n'ai rien contre les avocats.

L'honorable M. Kaplan: On me rappelle que le Règlement sur les libérations conditionnelles de détenus permet au détenu de demander l'aide d'une personne de son choix, de sorte que devant la Commission de libération conditionnelle, des personnes qui ne sont pas avocats peuvent jouer un important rôle de conseiller. Vous voulez peut-être apporter une modification à cette question plus grave.

Le président: Est-ce que je pourrais avoir une explication pour les procédures au sujet de l'examen par la Cour fédérale. S'agit-il d'une question de droit? Je parle de l'article 28.

L'honorable M. Kaplan: Il ne s'agit pas d'un appel comme tel, mais ce recours est offert en tant que droit.

Le président: Sénateur Nurgitz, j'ai cru que cette réponse au sujet de l'examen par la Cour fédérale aurait pu vous intéresser.

L'honorable M. Kaplan: Comme je viens de le dire, il ne s'agit pas d'un appel mais d'un droit tout court. C'est-à-dire que vous n'avez pas besoin de demander la permission pour faire cette demande.

Le président: Puis-je demander un autre éclaircissement? On dit aux paragraphes 6 et 7 que le détenu aura droit à certains renseignements relatifs à son audition, sous réserve des dispositions de la Loi sur la protection de la vie privée et de toute autre loi du Parlement. J'ai cherché dans les articles relatifs aux criminels dangereux et je n'y ai trouvé aucune disposition de ce genre. Je me demande où on peut les trouver.

L'honorable M. Kaplan: Il arrive très souvent que le dossier d'un détenu contienne des renseignements fournis par une source, comme un médecin, et que la loi protège cette source d'information. Ces renseignements ne seront donc pas divulgués à celui qui fait l'objet du rapport. Cet article vise à protéger les intérêts du Service correctionnel du Canada afin qu'il continue d'obtenir les meilleurs renseignements possibles, y compris ceux qui proviennent d'informateurs et de professionnels, et que ces renseignements ne soient pas connus de l'intéressé.

Le sous-ministre en sait quelque chose, puisque la plupart des demandes adressées au gouvernement par des particuliers en vue d'obtenir des renseignements sur eux-mêmes l'ont été par des anciens détenus, et que c'est lui, le sous-ministre, qui est chargé, de par la loi, d'examiner les dossiers et d'accepter les exclusions destinées à protéger les sources de renseignements de l'État.

[Text]

The Chairman: Are you saying, Mr. Minister, that these caveats are in the current Parole Act, or other acts dealing with the administration of penitentiaries?

Hon. Mr. Kaplan: They are not in the current statute law because there is nothing in the current law that requires the material be shown to the inmate before the hearing.

In fact, it may be shown to him, and if it is shown to him, those confidential details will be withheld as a matter of policy.

The Chairman: Are there any further questions?

Senator Hastings: Madam Chairman, I wish to return, if I might, to the statistics given by the minister. I heard one figure and in your document I see a different figure.

Hon. Mr. Kaplan: Perhaps Ms Nuffield can assist us with those statistics.

Dr. J. Nuffield, Policy Analyst, Department of the Solicitor General: Senator Hastings, I think the figure you are speaking about, if it is the 25 per cent—

Senator Hastings: The figures are 25.5 per cent, compared to 27.7 per cent.

Dr. Nuffield: If you are talking about the percentage of violence among parolees—and I do not have the figure in front of me—of all indictable offences for which parolees were revoked, that is the percentage of all the crimes that involve violence, but if you look at parolees as a whole, you will see that 4.8 per cent were revoked because of an indictable offence that involved violence.

Senator Hastings: It states:

In fact, 27.5 per cent of the revoked parolees returned for a violent crime or robbery, as opposed to 27.7 per cent violent-crime or robbery revocations for MS.

Dr. Nuffield: That is right, senator, so the first explanation applies. That is the percentage of offenders who came back with a new conviction for an indictable offence which involved violence.

Hon. Mr. Kaplan: So, what is the percentage of people released who came back?

Dr. Nuffield: That figure is 4.8 per cent of all parolees, with about 6.3 per cent of the MS cases.

Senator Hastings: That is 25 per cent.

Hon. Mr. Kaplan: Yes, 25 per cent of the returnees as opposed to 25 per cent of those who went out.

Senator Hastings: Mr. Minister, there are 11,000 inmates in our federal institutions, all of whom have been given two dates, their parole eligibility date and their mandatory supervision date. They have all been given reasonable assurances that

[Traduction]

Le président: Êtes-vous en train de dire, monsieur le Ministre, que ces dispositions d'opposition figurent dans la Loi sur la libération conditionnelle de détenus ou d'autres lois portant sur l'administration des pénitenciers?

L'honorable M. Kaplan: Elles ne figurent pas dans les lois actuelles parce que rien n'y exige que ces renseignements soient divulgués au détenu avant sa comparution.

En fait, il n'est pas interdit de les lui montrer, mais dans ce cas, les détails confidentiels seront supprimés automatiquement.

Le président: Y a-t-il d'autres questions?

Le sénateur Hastings: Madame le président, permettez-moi de revenir aux statistiques fournies par le Ministre. J'ai entendu un chiffre mais j'en vois un différent dans votre document.

L'honorable M. Kaplan: Peut-être M^{me} Nuffield pourrait-elle nous aider pour ce qui est des statistiques.

Mme J. Nuffield, analyste de politique, ministère du Solliciteur général: Sénateur Hastings, je crois que le chiffre dont vous parlez, si c'est 25 p. 100—

Le sénateur Hastings: Les chiffres sont 25,5 p. 100 opposition à 27,7 p. 100.

Mme Nuffield: Si vous parlez du pourcentage de violence chez les détenus en liberté conditionnelle—et je n'ai pas le chiffre devant moi—de toutes les infractions punissables pour lesquelles ils ont subi une révocation de liberté conditionnelle, c'est-à-dire le pourcentage de tous les crimes avec violence, mais si vous regardez l'ensemble des libérés conditionnels, vous constaterez que 4,8 p. 100 des libérations conditionnelles ont été révoquées par suite d'une infraction punissable accompagnée de violence.

Le sénateur Hastings: Je lis:

Que 27,5 p. 100 des détenus en liberté conditionnelle ont vu leur libération révoquée pour un crime violent ou un vol, contre 27,7 p. 100 dans le cas de ceux qui sont sous surveillance obligatoire.

Mme Nuffield: Exact, sénateur, donc la première explication s'applique. Il s'agit du pourcentage de récidivistes qui ont de nouveau été condamnés pour une infraction punissable accompagnée de violence.

L'honorable M. Kaplan: Par conséquent, quel est le pourcentage de détenus libérés qui sont retournés derrière les barreaux?

Mme Nuffield: Le chiffre est de 4,8 p. 100 de tous les détenus en liberté conditionnelle, et environ 6,3 p. 100 de tous ceux qui sont sous surveillance obligatoire.

Le sénateur Hastings: C'est-à-dire 25 p. 100.

L'honorable M. Kaplan: Oui, 25 p. 100 de ceux qui sont repris par opposition à 25 de ceux qui se sont échappés.

Le sénateur Hastings: Monsieur le Ministre, il y a 11 000 détenus dans nos institutions fédérales et on leur a tous donné deux dates, leur date d'admissibilité à la libération conditionnelle et leur date de libération sous surveillance obligatoire. Ils

[Text]

those dates will be adhered to. Except those who are released on parole, all have to live under the strain of not knowing about the mandatory supervision date. Are you really not in effect changing the rules in the middle of the game because you have given these men their mandatory supervision dates, given them reasonable assurances to look forward to that date, but are now saying that you may keep them to the end of their sentence?

Hon. Mr. Kaplan: In the legal sense, senator, we are not changing the penalty. We are satisfied about that, because if we were, protection against retroactivity would require that they only apply to inmates sentenced after the bill becomes law. So, in the legal sense, we are not changing the penalty.

In the practical sense, there are 2,500 inmates released on mandatory supervision in a year, more or less, and we are speaking of a small group. We are talking about two or three a month out of the 2,500.

Secondly, those who are in for an offence other than one which meets the statutory criteria, know that their mandatory supervision cannot be taken away from them. So that already limits us to less than 20 per cent of all federal offenders who have committed a crime involving violence.

Finally, I intend, on the proclamation of this bill—and I am not predicting any date because you could do a better job than I can on predicting that—to write to all inmate committees across the country offering them what I think is a very valid reassurance with respect to the minimal use that will be made of the gating authority I am seeking from you today.

Senator Hastings: I have an observation to make, Madam Chairman, and that is to re-inforce what the minister has said, that this is a patchwork we are putting together and that the public should not be misled into believing that we have the be-all and end-all in this bill and that, notwithstanding gating, these men, nine months, five months, two or three years from now will be back in society.

The public should realize that every inmate in our penitentiary who is not serving a life sentence will be back among society, and realize that this only allows society to keep them in custody for a short term and that we may be making these inmates serve their sentences to completion, which would increase crime. Keeping these inmates in custody is no assurance that somehow or other they will put on white shirts and ties and go to Sunday school or church at the end of their sentences. We may be increasing the risk to society by invoking this procedure.

Hon. Mr. Kaplan: Senator Hastings, this is a country with a low level of violent crime, although many Canadians believe the contrary. Compared to other democratic countries such as ours, our level of violent crime is low. My job, and the job of

[Traduction]

ont tous obtenu l'assurance raisonnable que ces dates seront respectées. Excepté ceux qui sont en liberté conditionnelle, ils doivent tous vivre dans l'anxiété de ne pas savoir quelle sera leur date de libération sous surveillance obligatoire. N'êtes-vous pas en train de modifier les règles du jeu avant la fin de la partie, puisque vous les avez assurés de leur date de libération sous surveillance obligatoire, vous leur avez donné l'assurance raisonnable de s'attendre à être libérés à cette date et vous leur dites maintenant que vous pouvez les garder derrière les barreaux jusqu'à ce qu'ils aient purgé toute leur peine?

L'honorable M. Kaplan: Au sens de la loi, monsieur le Sénateur, nous ne changeons pas la peine. Nous sommes satisfaits de cette situation, étant donné que si nous changions la peine, il faudrait, pour nous protéger contre les récidivistes, que ces dispositions s'appliquent uniquement aux détenus condamnés après l'adoption du projet de loi. Par conséquent, au sens juridique, nous ne modifions pas la peine.

Du point de vue pratique, il y a plus ou moins 2 500 détenus libérés sous surveillance obligatoire chaque année, nous parlons donc d'un petit groupe. Nous parlons de deux ou trois par mois sur les 2 500.

En second lieu, ceux qui sont en prison pour une infraction autre qu'une infraction visée par les critères réglementaires savent que leur libération ne peut prendre d'autre forme que sous surveillance obligatoire, ce qui nous limite déjà à moins de 20 pour cent de tous les criminels de compétence fédérale qui ont commis un crime accompagné de violence.

Enfin, j'ai l'intention, lorsque cette loi sera proclamée—et je ne prédis aucune date parce que vous êtes bien meilleur que moi pour cela—écrire à tous les comités de détenus du pays pour leur offrir ce que j'estime être une assurance très valable concernant l'usage minimal qui sera fait du pouvoir de suspension immédiate de la libération conditionnelle que je cherche à obtenir aujourd'hui.

Le sénateur Hastings: J'ai une observation à faire, Madame le président. Je veux réaffirmer ce que le Ministre a dit, à savoir que c'est un travail de rapiéçage que nous faisons et que le public ne doit pas se tromper en croyant que ce projet de loi est la panacée et doit savoir, peu importe ce qu'il adviendra de la suspension immédiate de la libération conditionnelle, que ces hommes reprendront leur place dans la société dans neuf mois, dans cinq mois, dans deux ou trois ans.

Le public doit se rendre compte que chaque détenu de notre système pénitenciaire qui ne purge pas une peine à perpétuité reviendra dans la société, et il doit réaliser que notre système ne permet de les garder sous surveillance que pendant une courte période et que si nous obligeons les détenus à purger leurs sentences jusqu'à la fin, il y aura augmentation de la criminalité. En effet, rien ne nous assure, si nous gardons les détenus en prison, qu'ils deviendront de bons et loyaux citoyens à la fin de leur peine. Nous sommes peut-être en train d'augmenter les risques pour la société en instituant cette procédure.

L'honorable M. Kaplan: Sénateur Hastings, nous vivons dans un pays où la criminalité est peu élevée, quoi qu'en pensent de nombreux Canadiens. En effet, par rapport à d'autres pays démocratiques comme le nôtre, notre taux de

[Text]

those of us in the criminal justice system is to be concerned to reduce that even more.

We have launched a criminal law review, and I am sure the Senate will have a role in dealing with that when proposals come forward. We have launched that to try to define other ways of making Canada even more free than it is of violent crime.

I did characterize it as a patch because it is not a fundamental new direction which I am telling Canadians may reduce violent crime dramatically, but I am able to say from the work we have done that it will reduce violent crime somewhat.

Senator Hastings: And delay.

Hon. Mr. Kaplan: And delay, but some of the people who would have been victims in the meanwhile will be spared. I think that that is an important enough reason for asking the Senate to accept these amendments so that I can take them back to the other place within a reasonable period of time in the hope of seeing the law amended to provide this extra protection.

The Chairman: If there are no further questions, honourable senators, I thank the minister and the deputy minister for their appearance before the committee today.

I ask that the members of the committee wait a few moments so that we can arrange our further meetings.

The committee adjourned.

[Traduction]

criminalité est peu élevé. Mon travail, et celui des différents intervenants dans le système de justice criminelle, est de viser à le réduire encore plus.

Nous avons entrepris d'examiner le droit criminel, et je suis certain que le Sénat aura un rôle dans la formulation de nouvelles propositions à cet effet. Nous avons entrepris de découvrir d'autres façons de rendre le Canada encore plus libre du crime violent.

J'ai comparé notre travail à du rapiéçage parce que je ne propose pas une nouvelle orientation fondamentale à suivre pour réduire radicalement la criminalité violente, mais je suis en mesure d'affirmer que le travail que nous avons fait la réduira dans une certaine mesure.

Le sénateur Hastings: Et avec du retard.

L'honorable M. Kaplan: Oui, mais un certain nombre de victimes éventuelles auront été épargnées dans l'intervalle. Je crois que c'est une raison suffisamment valable pour demander au Sénat d'accepter ces amendements, de sorte que je pourrai les renvoyer dans un délai raisonnable à l'autre Chambre dans l'espoir de voir la loi modifiée afin d'offrir cette protection supplémentaire aux citoyens.

Le président: S'il n'y a pas d'autres questions, honorables sénateurs, je remercie le ministre et le sous-ministre d'avoir comparu devant notre Comité aujourd'hui.

Je demanderais aux membres du Comité d'attendre quelques minutes pour que nous puissions organiser nos prochaines séances.

La séance est levée.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

APPEARING—COMPARAÎT

The Hon. Robert P. Kaplan, M.P., Solicitor General of
Canada.

L'honorable Robert P. Kaplan, député, solliciteur général du
Canada.

WITNESSES—TÉMOINS

From the Department of the Solicitor General:

Mr. Fred E. Gibson, Q.C., Deputy Solicitor General;
Ms. Joan Nuffield, Policy Analyst.

Du ministère du Solliciteur général:

M. Fred E. Gibson, c.r., solliciteur général adjoint;
M^{me} Joan Nuffield, analyste des politiques.

32



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Président:
L'honorable JOAN NEIMAN

Tuesday, May 24, 1983

Le mardi 24 mai 1983

Issue No. 58

Fascicule n° 58

Fifteenth proceedings on:

Bill S-32, "An Act to amend the
Penitentiary Act and the Parole Act"

Quinzième fascicule concernant:

Projet de loi S-32, «Loi modifiant la Loi sur les
pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de
détenus»



WITNESS:
(See back cover)

TÉMOIN:
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, Tuesday, 23rd November, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Hastings, seconded by the Honourable Senator Bird, for the second reading of the Bill S-32, intituled: "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat du mardi 23 novembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Hastings, appuyé par l'honorable sénateur Bird, tendant à la deuxième lecture du Bill S-32, intitulé: «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith propose, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

TUESDAY, MAY 17, 1983

(81)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met *in camera* at 2:21 p.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Deschatelets, Frith, Godfrey, Hastings, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Pitfield and Rousseau. (10)

In attendance: Mr. R. L. du Plessis, Law Clerk and Parliamentary Counsel, and Mr. Donald MacDonald, Research Officer, Library of Parliament.

The Committee proceeded to consider Bill S-32, "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act".

At 3:29 p.m. the Committee adjourned to the call of the Chair.

TUESDAY, MAY 24, 1983

(82)

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 3:19 p.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Bosa, Donahoe, Frith, Godfrey, Hastings, Lapointe, Neiman, Nurgitz, Olson, Robichaud and Rousseau. (11)

In attendance: Mr. R. L. du Plessis, Law Clerk and Parliamentary Counsel and Mr. Donald MacDonald, Research Officer, Library of Parliament.

Witness:

From the Department of the Solicitor General:

Mr. Fred E. Gibson, Deputy Solicitor General.

The Committee proceeded to consider Bill S-32, "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act".

Mr. Gibson made a statement and answered questions.

At 4:01 p.m. the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Paul Bélisle

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE MARDI 17 MAI 1983

(81)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à huis clos à 14 h 21 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Deschatelets, Frith, Godfrey, Hastings, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Pitfield et Rousseau. (10)

Aussi présents: M. R. L. du Plessis, légiste et conseiller parlementaire et M. Donald MacDonald, attaché de recherches, Bibliothèque du Parlement.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-32, «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus.»

A 15 h 29, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

LE MARDI 24 MAI 1983

(82)

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 15 h 19 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Bosa, Donahoe, Frith, Godfrey, Hastings, Lapointe, Neiman, Nurgitz, Olson, Robichaud et Rousseau. (11)

Aussi présents: M. R. L. du Plessis, légiste et conseiller parlementaire et M. Donald MacDonald, attaché de recherches, Bibliothèque du Parlement.

Témoïn:

Du ministère du solliciteur général:

M. Fred E. Gibson, solliciteur général adjoint.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-32 «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus.»

M. Gibson fait une déclaration et répond ensuite aux questions.

A 16 h 01, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Tuesday, May 24, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-32, to amend the Penitentiary Act and the Parole Act, met this day at 3.15 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (*Chairman*) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, I am sorry that I gave you such short notice of the new time for our meeting today. I had indicated last week that we were meeting at 4 o'clock to consider Bill S-33. However, I felt it was necessary that we should start our meeting a little earlier in order to consider some further developments and problems with respect to Bill S-32.

As you know, the Solicitor General appeared before us on May 12 and indicated to us that he had some further amendments he would like to see incorporated in Bill S-32 that would cover what are popularly known in these days as gating procedures. He gave us a fairly lengthy account of his reasons for wanting these amendments incorporated in Bill S-32, including the fact that the Supreme Court of Canada had ruled that day that the present provisions of the Penitentiary Act and the Parole Act simply were not sufficient to make legal the procedures that had been undertaken by the National Parole Board, and for that reason he wanted, in effect, to legalize such procedures in order to ensure that inmates who were considered dangerous offenders would remain in confinement. Since that time we have had one meeting *in camera* to discuss a number of matters concerning Bill S-32.

I should remind you, as I am sure you are all aware, that the fact that these proposals are in front of us does not make them official. Any amendments to Bill S-32 would in fact have to be moved by a member of this committee. Therefore, we are dealing with these proposals on what might be called an informal basis at this time. However, they are of great importance, and the minister in particular places great importance on our considering them, and of course he would like us to approve them and adopt them, so there is a certain urgency to this matter.

At our last meeting, as I mentioned, we had to consider the committee's position on Bill S-32 in general. It was indicated by Senator Hastings, a member of this committee, that if these amendments were to be moved in committee he would be obliged to raise a point of order. It is a very important point in that it goes to the very root of the question of whether we can in fact entertain such amendments, so I felt we should advise the minister and his officials. For that reason, I asked Mr. Gibson, the Deputy Solicitor General, to come here today. I have already sent him a copy of the formal point of order raised by Senator Hastings.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mardi 24 mai 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-32, modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus, se réunit aujourd'hui à 15 h 15 afin d'en faire l'étude.

Le sénateur Joan Neiman (*président*) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, je regrette de vous avoir avisés si tard de la nouvelle heure de notre réunion d'aujourd'hui. J'avais annoncé la semaine dernière que nous nous rencontrerions à 16 heures afin d'étudier le projet de loi S-33. Toutefois, j'ai pensé qu'il s'imposait de commencer notre réunion un peu plus tôt afin d'étudier quelques autres faits et problèmes qui concernent le projet de loi S-32.

Comme vous le savez, le Solliciteur général, qui a comparu devant nous le 12 mai, a déclaré qu'il désirerait que soient insérées dans le projet de loi S-32 certaines autres modifications qui porteraient sur ce qu'on appelle communément à l'heure actuelle les procédures de suspension immédiate. Il nous a exposé assez longuement les raisons pour lesquelles il désirait que ces modifications soient insérées dans le projet de loi S-32, soulignant que la Cour suprême du Canada avait déclaré ce jour-là que les dispositions actuelles de la Loi sur les pénitenciers et de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus ne suffisaient tout simplement pas à rendre légales les procédures qui avaient été engagées par la Commission nationale des libérations conditionnelles. Il désirait donc faire légaliser ces procédures, de façon que les détenus considérés comme contrevenants dangereux continuent d'être gardés en réclusion. Depuis, nous avons tenu une réunion à huis clos afin de discuter de certaines questions concernant le projet de loi S-32.

Je vous rappelle que, même si ces propositions sont soumises à notre étude, elles ne sont pas pour autant officielles. Tout amendement modifiant notre projet de loi S-32 devrait en fait avoir été proposé par un membre du Comité. Pour l'instant, nous étudions donc ces propositions d'une façon que l'on pourrait qualifier d'officieuse. Elles ne revêtent pas moins une grande importance, et le ministre en particulier estime qu'il est très important que nous les étudions; bien entendu, il aimerait que nous les approuvions et les adoptions. Cette question présente donc un certain caractère d'urgence.

A notre dernière réunion, comme je l'ai indiqué, nous étions chargés d'examiner la position du Comité sur le projet de loi S-32 en général. Le sénateur Hastings, membre du Comité, a déclaré que si ces modifications étaient proposées en comité, il se verrait obligé de soulever une objection. C'est une question fondamentale, car il s'agit de savoir si nous pouvons en fait étudier pareilles modifications, j'ai jugé qu'elle revêtait suffisamment d'importance pour que nous en avisions le ministre et ses représentants. C'est pourquoi j'ai demandé à M. Gibson, sous-procureur général, de comparaître devant nous aujourd'hui. Je lui ai déjà fait parvenir une copie de l'objection officielle qu'a soulevée le sénateur Hastings.

[Text]

So that it can be part of the record, Senator Hastings, I wonder if you would give that to us again, and I will then ask Mr. Gibson to speak to us.

Senator Hastings: Thank you, Madam Chairman. Have I raised the point of order? Am I going to raise the point of order? I should like to clarify my position. I am giving notice that if certain amendments are proposed I will raise the point of order.

The Chairman: Precisely. If these amendments were moved you would raise this point of order. I think that is your intention.

Senator Hastings: Madam Chairman, honourable senators, my submission is that the amendments as proposed by the Solicitor General are not in order because their effect would be to enact changes to the Parole Act and the Penitentiary Act of such magnitude as to be quite beyond the scope of the bill before the committee, Bill S-32. I suggested that the authorities are quite clear on this issue. Beauchesne, in the fifth edition, states quite clearly:

An amendment is out of order if it is irrelevant to the bill, beyond its scope or governed by or dependent upon amendments already negatived.

Erskine May, in the nineteenth edition at page 507, states:

An amendment which is outside the "scope"... of the bill is out of order and cannot be entertained unless a special instruction has been given by the House to the Committee.

The central amendment in Bill S-32 is to be found in one clause, and that is clause 3, which would enact a new section 24.11 of the Penitentiary Act. Section 24.11 would effect the change of affecting mandatory supervision for those who are revoked by the National Parole Board, who would no longer have the right to earn remission on the balance of their sentence being served after the revocation order. That is the bill in essence. The balance of the bill, the other three clauses, contains essentially amendments consequential to that change.

The amendments proposed by the Solicitor General to us on May 12, 1983, go far beyond the scope of the bill. Whereas the bill, as drafted, and as before us, merely deals with the right to earn or the right not to earn remission, consequent upon a certain event, the proposed amendments by the Solicitor General would give an entirely new power to the National Parole Board to hold inmates beyond the date on which they are eligible for release on mandatory supervision. The principal substantive amendment would be embodied in a new section 14.1 of the Parole Act, a statute which is only peripherally amended by Bill S-32.

[Traduction]

Afin qu'elle soit consignée dans le compte rendu, sénateur Hastings, auriez-vous l'obligeance de la reformuler devant nous? Je demanderai ensuite à M. Gibson de prendre la parole.

Le sénateur Hastings: Merci, madame le président. Est-ce que j'ai soulevé une objection? Est-ce que je vais en soulever une? Je voudrais clarifier ma position à cet égard. Je vous avise que si certaines modifications sont proposées, je soulèverai une objection.

Le président: Précisément. Si ces modifications étaient proposées, vous soulèveriez cette objection. Je crois que vous en avez l'intention.

Le sénateur Hastings: Madame le Président, honorables sénateurs, je soutiens que les modifications proposées par le Solliciteur général sont irrecevables, car elles viseraient à apporter à la Loi sur la libération conditionnelle de détenus et à la Loi sur les pénitenciers des changements d'une telle ampleur qu'ils dépasseraient largement la portée du projet de loi S-32 soumis à l'étude du Comité. J'ai laissé entendre que les autorités sont très explicites sur cette question. La cinquième édition du Beauchesne indique très clairement ce qui suit:

Il est interdit au président de recevoir des propositions d'amendement entaché des vices suivants:

1) S'il ne se rapporte pas au projet de loi, ou s'il en dépasse la portée, ou s'il est inspiré par des amendements déjà rejetés ou s'il en dépend.

A la page 507 de la dix-neuvième édition d'Erskine May, on peut lire ce qui suit:

Toute modification qui dépasse la «portée»... du projet de loi est irrecevable et ne peut être étudiée à moins d'instruction spéciale de la Chambre des communes.

La modification fondamentale figure à l'article 3 du projet de loi S-32; cet article viserait à promulguer une nouvelle version de l'article 24.11 de la Loi sur les pénitenciers. L'article 24.11 aurait pour effet de porter atteinte au régime de la liberté sous surveillance obligatoire dans le cas des détenus dont cette liberté a été révoquée par la Commission nationale des libérations conditionnelles. Ainsi, les détenus ne pourraient plus bénéficier d'une réduction de peine sur la partie qui leur reste à purger après la révocation. C'est la substance du projet de loi. Les trois autres articles renferment surtout des modifications qui découlent de ce changement.

Les modifications que nous a proposées le Solliciteur général le 12 mai 1983 dépassent largement la portée du projet de loi. Tel qu'il est rédigé et tel qu'il nous a été présenté, le projet de loi, ne traite que du droit de bénéficier ou non d'une réduction de peine à la suite de certaines circonstances, alors que les modifications proposées par le Solliciteur général confèreraient à la Commission nationale des libérations conditionnelles le pouvoir tout nouveau de garder des détenus après la date à laquelle ils sont admissibles à une libération ou à une liberté sous surveillance obligatoire. La principale modification de fond serait insérée dans une nouvelle version de l'article 14.1 de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus, mesure législative que le projet de loi S-32 ne modifie que d'une façon limitée.

[Text]

Another illustration of the novelty of the proposed amendments is provided by the fact that the process contemplated by them was not raised on second reading of the bill in the Senate. Honourable senators will recall that I presented the bill to the Senate for second reading and adoption in principle, and at no time did I ever indicate anything with respect to the act of gating, that it would be included, so in fact the Senate has not been apprised of this procedure, or expressed its view on this procedure. Further, the fact that an existing statute or statutes are proposed to be amended in a bill does not give carte blanche to further amendment of the parent statute. Beauchesne says:

An amendment may not amend sections from the original Act unless they are specifically being amended in a clause of the bill before the Committee.

The proposed clause 3.2, which would purport to enact section 14.1 of the Parole Act, is an amendment to the parent act and not an amendment to Bill S-32. As such it is out of order.

I have cited to you, Madam Chairman, three distinct examples or precedents by the Speaker of the House of Commons, all substantiating this contention.

In view of the above, it is my submission that the proposed amendments to Bill S-32 are out of order and could not be entertained by the committee at the time of their formal presentation to the committee.

The Chairman: Thank you, Senator Hastings. Mr. Gibson, I believe, as I mentioned, you had notice of this point of order which would be raised. I wonder if you would like to give us your views on it.

Mr. Fred E. Gibson, Q.C., Deputy Solicitor General: Thank you, Madam Chairman. I thank you and Senator Hastings for providing the minister and, through the minister, myself with a copy of Senator Hastings' point of order, which has given us the opportunity to consider it in detail and prepare a response.

I should indicate at the outset that the minister has had an opportunity, since his last appearance before this committee, to discuss the fate of Bill S-32 and the related amendments with a number of senators who are members of the committee. It is his hope that the bill, together with the amendments, and with an additional change which he has authorized me to speak to you about this afternoon, will commend itself to the committee in such a manner that the point of order will not be considered by the committee and that, indeed, the committee will see fit to deal with the amendments to the bill and to proceed as I understand it has authority to do, if it so wishes.

I am prepared to respond to Senator Hastings' notice. I believe that on the merits—and I am prepared to put the details of those merits before the committee—there is at least sufficient doubt about the point of order of which notice has been given, and the committee may see fit to consider the substance of the bill and the amendments and report it to the

[Traduction]

Un autre exemple de l'inédit des modifications proposées, c'est que le processus qu'elles visent n'a pas été discuté à la deuxième lecture du projet de loi au Sénat. Les honorables sénateurs se rappelleront que j'ai présenté le projet de loi au Sénat afin qu'il en fasse une deuxième lecture, qu'il en fasse l'étude, et qu'il l'adopte en principe; je n'ai jamais parlé de l'insertion de la mesure de suspension immédiate. Par conséquent, le Sénat n'a pas été saisi de cette procédure, et ne s'est pas prononcé à ce sujet. En outre, le fait qu'il a été proposé de modifier un ou plusieurs articles existants ne donne pas carte blanche pour modifier de nouveau l'article connexe. Le Beauchesne indique ce qui suit:

Il est interdit au président de recevoir des propositions d'amendement entaché des vices suivants: S'il vise à modifier des articles de la loi que le projet ou la proposition en discussion entend modifier, à moins que lesdits articles ne soient précisément visés par un article de ce dernier.

L'article 3.2 proposé, qui viserait à mettre en vigueur l'article 14.1 de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus, constitue une modification de la loi connexe et non du projet de loi S-32. Comme tel, il est irrecevable.

Madame le président, je vous ai cité trois différents exemples ou précédents créés par le Président de la Chambre des communes, qui établissent tous le bien-fondé de cette affirmation.

Compte tenu de ce qui précède, je soutiens que les amendements proposés au projet de loi S-32 sont irrecevables et ne pourraient être étudiées par le Comité au moment de leur présentation officielle devant ce dernier.

Le président: Merci, sénateur Hastings. Monsieur Gibson, comme je l'ai déjà dit, je crois que vous aviez été prévenu que cette objection serait soulevée. Peut-être pourriez-vous nous donner votre opinion à ce sujet.

M. Fred Gibson, c.r., solliciteur général adjoint: Madame le président, je vous remercie, ainsi que le sénateur Hastings, d'avoir remis au ministre une copie de l'objection du sénateur Hastings, que nous avons pu étudier en détail avant de préparer une réponse.

Je voudrais indiquer tout d'abord que le ministre a eu l'occasion, depuis sa dernière comparution devant le Comité, de discuter avec certains membres du Comité du sort du projet de loi S-32 et des amendements connexes. Il espère que le projet de loi, de même que les amendements et une modification supplémentaire dont il m'a autorisé à vous entretenir cet après-midi, satisferont le Comité à tel point qu'il n'étudiera pas l'objection, mais il jugera bon d'étudier les amendements proposés au projet de loi et de procéder comme il a, je crois, le pouvoir de le faire si tel est son désir.

Je suis disposé à répondre à l'avis du sénateur Hastings. Je pense qu'il existe suffisamment de doutes sur le bien-fondé de l'objection dont il a été donné avis—et je suis disposé à expliquer ce bien-fondé en détail devant le Comité—pour que ce dernier juge bon d'étudier la substance du projet de loi et les amendements, puis d'en faire rapport au Sénat. Si le Comité le

[Text]

Senate. If the committee wishes, I could indicate at this point in time the substance of that response.

The Chairman: Yes, please, Mr. Gibson.

Mr. Gibson: There are two issues that need to be examined when dealing with Senator Hastings' point of order, which are enumerated in several numbered paragraphs in the copy made available to me. One of those paragraphs raises the suggestion that Beauchesne, in citation 773(8)(b), supports the view that the proposed amendments are unacceptable. Secondly, other points made in the memorandum suggest that the proposed amendments go beyond the scope of the bill.

If Beauchesne's citation 773(8)(b) was based on a Speaker's ruling, then there would be no doubt that the proposed amendments are out of order. However, when looking at Mr. Speaker's ruling of December 15, 1977, on which the citation from Beauchesne is based, it suggests that citation 773(8)(b) is a very poor interpretation of that ruling. More precisely, in that instance Mr. Speaker did not say that because the proposed amendments amended sections from the original act that were not specifically being amended by the bill, it followed that the proposed amendments were out of order. Rather the "Subject matter" was not relevant to the bill, as passed at second reading, were unacceptable. The problem that Mr. Speaker was pointing out was that the proposed amendments sought to deal with sections of the original act that were not relevant—and I underline the word "relevant"—to the subject matter of the bill being considered.

It is this line of reasoning that underlay Mr. Speaker's view that "section 13 in its entirety is not before this House. Only that portion of section 13 of the act which is being amended by this bill is before the House at this time, and in no way will the foregoing citation permit me to put the hon. member's motion to the House". That was extracted from *Hansard* for December 15, 1977, at page 1909.

In other words, only those parts of section 13 in the bill then before Mr. Speaker, whose subject matter was to be affected by the bill, were relevant. Thus amendments designed to alter aspects of section 13 whose subject matter—and I emphasize. Beauchesne is simply a misinterpretation of Mr. Speaker's ruling of December 15, 1977, I submit. The latter was based solely on that principle which is currently embodied in Beauchesne citation 773(1) and May's nineteenth edition at page 507.

It follows that the only relevant issue, I would submit, in Senator Hastings' point of order, is whether the proposed amendments are beyond the scope of the bill. His argument is that the subject matter of Bill S-32 deals with the Penitentiary Act, while the proposed amendments would affect basically the Parole Act in a substantive manner. But Senator Hastings' method for determining the scope of a bill is not stated, and the method implicit in his memorandum is, I submit with great respect, not adequate.

[Traduction]

veut bien, je lui transmettrai maintenant la substance de cette réponse.

Le président: Je vous en prie, monsieur Gibson.

M. Gibson: Lorsque nous étudions l'objection du sénateur Hastings, nous devons examiner deux points qui figurent dans plusieurs paragraphes numérotés de la copie qui m'a été transmise. Un de ces paragraphes laisse entendre que la citation 773(8)(b) du Beauchesne étaye l'opinion selon laquelle les modifications proposées sont irrecevables. Deuxièmement, d'autres points soulevés dans la note laissent entendre que les modifications proposées dépassent la portée du projet de loi.

Si la citation 773(8)(b) du Beauchesne était fondée sur une décision du président, il ne ferait alors aucun doute que les modifications proposées sont irrecevables. Toutefois, si l'on se reporte à la décision de M. le président du 15 décembre 1977, sur laquelle se fonde la citation du Beauchesne, il semble que la citation constitue une interprétation très médiocre de cette décision. Plus précisément, à cette occasion, M. le président n'a pas dit que, comme les amendements proposés visaient à modifier des articles de la loi qui n'étaient pas précisément visés par le projet de loi, il s'ensuivait que les modifications proposées étaient irrecevables. Le problème que M. le président soulignait, c'est que les amendements proposés visaient des articles de la loi originale qui n'avaient pas de rapport—et je souligne le terme «rapport»—avec le sujet à l'étude dans le projet de loi.

C'est ce genre de raisonnement qui est à la base de l'opinion exprimée par le président: . . . «La Chambre n'est pas actuellement saisie de l'article 13 dans sa totalité. La Chambre n'est saisie que de la partie de l'article 13 de la loi que ce bill modifie et en aucune façon la règle que nous venons de citer me permet de présenter à la Chambre la motion du député.» Cette citation est tirée de la page 1909 du *hansard* du 15 décembre 1977.

En d'autres termes, n'avaient de rapport que les parties de l'article 13 dont le sujet étant visé par le projet de loi alors déposé devant M. le président. Ainsi étaient irrecevables les modifications conçues pour altérer des aspects de l'article 13 dont le sujet—et je souligne le terme «sujet»—n'avait pas de rapport avec le projet de loi adopté en deuxième lecture. D'après moi, le Beauchesne donne une mauvaise interprétation de la décision du président qui a été rendue le 15 décembre 1977. Celle-ci était uniquement fondée sur le principe qui figure à l'heure actuelle au paragraphe 773(1) du Beauchesne et à la page 507 de la 19^e édition de May.

Il s'ensuit que le seul point pertinent de l'objection soulevée par le sénateur Hastings est de savoir si les modifications proposées dépassent la portée du projet de loi. Il prétend que le projet de loi S-32 vise la Loi sur les pénitenciers, et que les amendements proposés toucheraient surtout la Loi sur la libération conditionnelle de détenus. Mais le sénateur Hastings n'explique pas la méthode qu'il utilise pour déterminer la portée d'un projet de loi; la méthode implicite contenue dans son mémoire n'est pas, avec tous mes respects, très adéquate.

[Text]

Traditionally the scope of the bill has been determined by looking at its title and its subject matter. This method is substantiated in *May's* nineteenth edition at page 509 and in *Redlich*, volume I, at page 79.

Bourinot's fourth edition, at page 322, reinforces the thrust of the two previous citations. The title of Bill S-32 is "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act". The subject matter of the bill is stated in point three: that is, revocation of mandatory supervision, and point four, which is the power of the Parole Board to deal with those under mandatory supervision as though they were paroled inmates. Thus the scope of Bill S-32 is, I submit, directly related to both acts as they affect both the inmates who are paroled or under mandatory supervision and their relationship to the Parole Board.

Quite clearly, then, Senator Hastings' effort to separate the two acts and then claim that the subject matter of Bill S-32 is relevant only to one of those acts, is incorrect.

Senator Hastings' argument that the proposed amendments are beyond the scope of the bill is, I submit, equally fallacious. The proposed amendments deal with the Parole Board and its powers in relation to mandatory supervision. The proposed amendments deal with the scope of Bill S-32 as defined by its title and its subject matter. Consequently the proposed amendments are not beyond the scope of the bill and can therefore be considered admissible.

The Chairman: Thank you, Mr. Gibson. Honourable senators, I should remind you that there are other witnesses who will be appearing in connection with another bill at 4 p.m. We would like to hear from members of the committee with respect to what has been said today and we shall probably have to meet again tomorrow at 4 p.m., if that is in order, or at some point tomorrow, to discuss the bill further. At the moment we have at least another 20 minutes to entertain questions and try to obtain clarification, and we can proceed as far as we are able to do so within the limited time. If there are any questions for our witness, they could be asked now.

Senator Olson: Madam Chairman, I am of the view that there is more to what the Deputy Solicitor General wants to tell us, never mind the arguments about the point of order. I have been over that a thousand times in my political career. It is a matter of interpretation. Is there not another amendment that he wishes to submit to the committee? It seems to me that the way to handle this is to see what the whole bill looks like. We can then argue afterwards whether or not it satisfies the committee's requirements in connection with the problem that is before us.

The Chairman: I believe I have your point, senator.

Senator Olson: If we have enough time, we might have a meeting of members of the committee so that we can sort this out *in camera* at a later stage of this meeting.

[Traduction]

La portée d'un projet de loi est depuis toujours déterminée par son titre et son sujet. Cette méthode est décrite à la page 509 de la 19^e édition de mai et à la page 79 du 1^{er} volume du *Redlich*.

La 4^e édition de Bourinot, page 322, renforce la portée des deux citations précédentes. Le titre du projet de loi S-32 est le suivant: «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus». Le sujet du projet de loi est énoncé à l'article 3—la révocation de la surveillance obligatoire—et à l'article 4—le pouvoir attribué à la Commission nationale des libérations conditionnelles de traiter les détenus placés sous surveillance obligatoire comme s'ils étaient des détenus en liberté conditionnelle. Ainsi, d'après moi, le projet de loi S-32 vise les deux lois dans la mesure où elles traitent des détenus en liberté conditionnelle ou sous surveillance obligatoire et des liens qui existent entre eux et la Commission nationale des libérations conditionnelles.

Il est donc évident que le sénateur Hastings essaie de séparer les deux projets de loi pour ensuite prétendre que le projet de loi S-32 ne s'applique qu'à l'une des deux lois, ce qui est faux.

L'argument soulevé par le sénateur Hastings, à savoir que les modifications proposées dépassent la portée du projet de loi, ne tient pas non plus. Les amendements proposés visent la Commission des libérations conditionnelles et les pouvoirs qu'elle détient en matière de surveillance obligatoire. Ils visent la portée du projet de loi S-32, tel que défini par son titre et son sujet. En conséquence, les amendements proposés ne dépassent pas la portée du projet de loi et doivent donc être jugés recevables.

Le président: Merci, M. Gibson. Honorables sénateurs, je tiens à vous rappeler que d'autres témoins doivent comparaître à 16 heures devant le Comité pour discuter d'un autre projet de loi. Nous aimerions connaître votre opinion sur ce qui a été dit aujourd'hui, et nous devrons probablement nous réunir à nouveau demain à 16 heures, si cela vous convient, ou à un autre moment demain, pour poursuivre notre étude du projet de loi. Il nous reste encore vingt minutes pour poser des questions et obtenir d'autres renseignements; nous essayerons donc d'en faire le plus possible avec le temps qui nous reste. Si vous avez d'autres questions à poser à notre témoin, je vous prie de le faire maintenant.

Le sénateur Olson: Madame le président, je crois que le solliciteur général adjoint a d'autres choses à nous dire; laissons donc de côté les rappels au Règlement. J'ai étudié cette question mille fois au cours de ma carrière politique. C'est une question d'interprétation. N'y a-t-il pas un autre amendement qu'il désire soumettre au Comité? Il me semble que, pour régler cette question, il faut tenir compte de l'ensemble du projet de loi. On décidera ensuite s'il satisfait aux exigences du Comité par rapport au problème qui nous concerne.

Le président: Je vois ce que vous voulez dire, sénateur.

Le sénateur Olson: Si nous avons assez de temps, nous pourrions nous réunir pour discuter de cette question à huis clos à la fin de cette réunion.

[Text]

The Chairman: You are quite right. Mr. Gibson did refer to the fact that he had some other proposals to put forward. It would be useful to have those on the record immediately. I suggest that we hear from Mr. Gibson again and we will then continue our discussion and consideration of this bill until 4 o'clock. We will then hear from the other witnesses, following which we will make a decision on whether we shall continue in camera or set a time for tomorrow. Mr. Gibson, I will now let you continue with the other points that you wish to make.

Senator Hastings: Excuse me; I have a point of order. Are you going to rule on the point of order before proceeding?

The Chairman: At the moment I am simply trying to get some facts on the record. I think it would be unfair, both to you and to Mr. Gibson, if I were to make a snap judgment as to the possibility that this point of order might or might not be in order at some later stage. I feel that I must take the point of order under advisement so I would rather go on with the matter that is to be discussed and we will come back to the other matter.

Senator Hastings: So we are going to have a further discussion on the Solicitor General's proposal?

The Chairman: Yes. Incidentally, these are proposals. We are not dealing with the bill or formal amendments. They will not become amendments until some member of this committee agrees to put them forward in a formal way.

Senator Nurgitz: So all this is without prejudice to what Senator Hastings has raised?

The Chairman: Yes.

Mr. Gibson, go ahead, please.

Mr. Gibson: Thank you, Madam Chairman. I have indicated to you that the minister has authorized me to indicate to you this afternoon that as a result of further consideration of representations made by honourable senators during the last meeting of this committee at which the minister appeared and as a result of a number of discussions since that time, the Solicitor General has given further consideration to the draft amendments regarding gating which he tabled in the committee. You will recall that some discussion at that time centred around the locus of authority to make the gating decision and the nature of appeal or judicial review which flowed from a decision of the National Parole Board with respect to gating. Following those considerations the Solicitor General, with the agreement of his colleagues, is prepared to modify those motions to amend to vest gating authority in a superior court of the province in which the gated inmate is incarcerated, rather than in the National Parole Board. I regret, given the limited time we have had since the Solicitor Gen took this decision, that I am unable to put before you this afternoon the formal text of the revised amendment that would accomplish that effect, but I can indicate to you the substance of the proposal, if, indeed honourable senators find the proposals to be in order.

[Traduction]

Le président: Vous avez raison. M. Gibson nous a bien dit qu'il avait d'autres propositions à nous soumettre. Il nous serait utile de les entendre maintenant. Je propose donc que nous laissions la parole à M. Gibson, après quoi, nous continuerons d'étudier le projet de loi jusqu'à 6 heures. Nous entendrons ensuite les autres témoins avant de décider si nous continuerons notre réunion à huis clos ou si nous fixerons une heure pour demain. Monsieur Gibson, je vous laisse maintenant nous parler des autres points que vous désirez soulever.

Le sénateur Hastings: Excusez-moi, je désire faire un rappel au Règlement. Allez-vous rendre une décision sur mon objection avant d'aller plus loin?

Le président: Pour le moment, j'essaie tout simplement de consigner certains faits. Je crois qu'il serait injuste, tant pour vous que pour M. Gibson, de décider tout d'un coup si ce rappel au Règlement est recevable ou non. Il faudra que je l'étudie de plus près, de sorte que je préfère discuter d'abord du sujet en question et revenir sur ce point plus tard.

Le sénateur Hastings: Allons-nous poursuivre nos discussion sur la proposition du solliciteur général?

Le président: Oui. Incidemment, il s'agit bien de propositions. Nous n'étudions pas le projet de loi ou des amendements officiels. Ces propositions ne deviendront des amendements que si un membre du Comité accepte de les proposer de façon officielle.

Le sénateur Nurgitz: Donc, dans tout cela, nous ne préjugeons pas de la question soulevée par le sénateur Hastings?

Le président: C'est exact.

Monsieur Gibson, vous avez la parole.

M. Gibson: Merci, Madame le président. Je vous ai dit que le ministre m'a autorisé à vous annoncer, cet après-midi, qu'après avoir pris en considération les recommandations formulées par les honorables sénateurs au cours de la dernière réunion du Comité à laquelle il a assisté, et après avoir tenu un certain nombre de discussions depuis cette réunion, le Solliciteur général a réexaminé les modifications provisoires ayant trait à la suspension immédiate qu'il a soumises au Comité. Vous vous rappelez sans doute qu'il y a eu des discussions à ce moment-là sur les personnes habilitées à suspendre la libération conditionnelle d'un détenu et sur la nature des appels ou des contrôles judiciaires qui découlent d'une décision de ce genre prise par la Commission des libérations conditionnelles. Compte tenu de ces considérations, le Solliciteur général, avec l'accord de ses collègues, est prêt à modifier les motions d'amendement pour que toute décision régissant la suspension immédiate de la libération conditionnelle d'un détenu soit prise par une Cour supérieure ou par la province dans laquelle le détenu est incarcéré, et non par la Commission des libérations conditionnelles. Étant donné le peu de temps que nous avons eu depuis que le Solliciteur général a pris cette décision, je ne suis pas en mesure de vous soumettre cet après-midi le texte officiel de l'amendement révisé qui donnerait suite à cette décision. Je peux toutefois vous expliquer le fond de la proposi-

[Text]

The procedure would commence in substantially the same manner outlined to you by the Solicitor General. That is, at a point in time in advance of the normal release date of an inmate by virtue of his earned remission, the National Parole Board would give consideration to whether or not that inmate was of such a dangerous nature as to be a threat to society if he were released by virtue of his remission, subject to mandatory supervision. If the National Parole Board reached the conclusion in its preliminary consideration that the inmate was of such a dangerous nature as to warrant his gating in the interests of the protection of society, the National Parole Board would refer the matter, together with the evidence on which it reached its conclusion, to the Attorney Gen of Canada, who in turn would have two weeks to make a determination as to whether or not to take the matter to a superior court of the appropriate province.

The superior court, on reference by the Attorney Genral of Canada, would hear the matter in accordance with a procedure which, in almost all respects, would be parallel to the procedure in Part XXI of the Criminal Code—that is, the portion of the Criminal Code dealing with dangerous offenders. The rights of appeal from a hearing of a superior court on that record would be the same as are at present provided for in Part XXI, Section 694 of the Criminal Code. A provision would be included in the amendments to make it clear that either day parole or full parole would still be available to a gated inmate during the period of his continued incarceration until his expiry of warrant by virtue of the gating decision.

One of the impacts of this change of process, to vest the authority in the courts, is that the process would be rendered more lengthy but to a large degree that lengthening of the process would have an impact on the inmate subjected to the process. In effect, 90 days would have to be allowed in the period between the time the Parole Board took its initial decision and the projected mandatory supervision date. The decision of the Attorney Gen on the case would take a period of approximately two weeks. Three weeks would be allowed for the hearing. A period of four weeks would be allowed for a possible remand for observation. It is anticipated that the hearing itself and the rendering of the decision would take a further two weeks.

Senator Hastings: And what is the total time?

Mr. Gibson: Approximately 90 days. Thus, notice to the inmate that his case will be referred for gating would be of approximately 90 days duration, significantly longer than that proposed with the more summary procedures outlined in the original proposal of the Solicitor Gen.

Senator Nurgitz: And none of that 90 days takes into account the appeal?

Mr. Gibson: That is correct. This is the period between the time of the origination of the process and the time anticipated

[Traduction]

tion, si les honorables sénateurs jugent les propositions recevables.

La procédure suivie correspondrait, en gros, à celle que vous a décrite le Solliciteur général. C'est-à-dire qu'avant la date de libération prévue d'un détenu, qui est calculée en fonction de sa réduction de peine méritée, la Commission des libérations conditionnelles déciderait si le détenu est jugé dangereux au point de constituer une menace pour la société s'il était libéré par suite d'une réduction de peine, et placé sous surveillance obligatoire. Si la Commission décide, dans son étude préliminaire, que le détenu est dangereux et qu'il faut suspendre immédiatement sa libération conditionnelle dans l'intérêt de la société, elle peut soumettre la question, ainsi que les preuves qui ont servi de base à sa décision, au Procureur général du Canada qui décidera, à son tour, dans un délai de deux semaines, si cette question doit être soumise à une cour supérieure de la province appropriée.

La cour supérieure, à la demande du Procureur général du Canada, étudierait le cas en se conformant aux procédures qui, à bien des égards, ressemblent aux procédures énoncées à la partie XXI du Code criminel, c'est-à-dire la partie du Code criminel qui porte sur les délinquants dangereux. Les droits d'appel résultant d'une décision de la cour supérieure seraient les mêmes que ceux qui figurent à l'heure actuelle dans la partie XXI, à l'article 694 du Code criminel. Une disposition serait incluse dans les amendements pour préciser qu'un détenu dont la libération conditionnelle a été suspendue pourrait encore avoir droit à une libération conditionnelle de jour ou à une libération conditionnelle totale au cours de son incarcération, jusqu'à la date d'expiration du mandat, suivant la décision de suspendre la liberté conditionnelle.

Ce changement, consistant à assigner ce pouvoir aux tribunaux, aurait pour conséquence de prolonger le processus, ce qui, dans une large mesure, entraînerait des effets sur le détenu. En effet, il faudrait compter 90 jours entre le moment où la Commission nationale des libérations conditionnelles prend sa décision et la date prévue de surveillance obligatoire. Il faudrait laisser au moins deux semaines au Procureur général pour qu'il puisse prendre une décision à cet égard. Il faudrait ensuite prévoir trois semaines pour l'audition et quatre semaines pour garder le détenu sous observation. L'audition et le jugement pourraient prendre deux autres semaines.

Le sénateur Hastings: Ce qui fait au total?

M. Gibson: Environ 90 jours. Ainsi, il faudra aviser un détenu au moins 90 jours à l'avance que sa libération conditionnelle risque d'être suspendue; ce processus est beaucoup plus long que les procédures sommaires énoncées dans la proposition originale du Solliciteur général.

Le sénateur Nurgitz: Et on ne tient pas compte de l'appel dans ces 90 jours?

M. Gibson: C'est exact. Cette période va de la date à laquelle commence le processus jusqu'à la date à laquelle on

[Text]

for the decision of the court of first instance. Appeal periods would be additional to that period of time.

I reiterate that the Solicitor General has indicated that he would be prepared to place these amendments before the committee subject, of course, to determination on the issue of the admissibility of these amendments. I reiterate to you that since the Solicitor General appeared before the committee the Supreme Court of Canada has ruled on the legality of gating, and has determined that the National Parole Board does not have the authority to gate. On behalf of the Solicitor General, I reiterate to you the brief period remaining in this session of Parliament before you recess for the summer and urge you on his behalf to deal as expeditiously as possible with the matter, if it is the considered wisdom of the committee that the gating amendments have merit, because it is now a matter of law that the National Parole Board is without authority throughout Canada in this regard.

Senator Olson: Would you have the legal terminology to give effect to the amendments by the time the committee convenes tomorrow?

Mr. Gibson: I anticipate that we can have it available for a meeting of this committee tomorrow afternoon, if that is your pleasure, Madam Chairman.

The Chairman: Thank you.

Senator Godfrey: Mr. Gibson, if a judge hears the application and finds in favour of the Parole Board, then, even though it will be appealed, I presume the inmate will remain in custody. What happens if a judge decides the inmate should not remain in custody and the Crown decides to appeal?

Mr. Gibson: In the balancing of interests between the protection of the public and the freedom of the inmate in question, the proposal, as it will be put forward, will be to the effect that throughout the process of court determination the inmate will remain incarcerated.

Senator Lapointe: You spoke about cases being referred to the superior court. What of those cases not referred to the superior court?

Mr. Gibson: The vast majority of cases of inmates who reach their eligibility date for release by virtue of remission will be dealt with precisely the way they are now. They go out on remission, subject to mandatory supervision, without any process of detailed examination of their case.

I reiterate the information given to you by the Solicitor General that, since September of 1982, when the National Parole Board first instituted gating proceedings, there have been but 12 cases in which the Parole Board saw fit to gate an inmate. By far, then, the vast majority of inmates will be released without going through the process I have described.

Senator Hastings: Mr. Gibson, I commend the Solicitor General for this proposed amendment. It vastly improves the amendment he proposed to us at the last meeting. I would like

[Traduction]

prévoit que la cour de première instance rendra sa décision. Les délais entraînés par les appels sort en sus.

Je répète que le Solliciteur général a indiqué qu'il serait disposé à soumettre ces amendements au Comité à condition, il va sans dire, qu'on en détermine la recevabilité. Je vous rappelle que, depuis la comparution du Solliciteur général devant le Comité, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la légalité de la suspension immédiate et a établi que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'était pas habilitée à recourir à cette procédure. Au nom du Solliciteur général, permettez-moi de vous rappeler qu'il reste très peu de temps dans la présente session du Parlement, avant l'intersession parlementaire. Je vous incite donc en son nom à en terminer le plus tôt possible avec ce projet de loi, si les membres du Comité estiment que les amendements concernant la suspension immédiate ont quelque mérite, étant donné qu'un tribunal a établi que l'Office national des libérations conditionnelles n'a aucune compétence au Canada à cet égard.

Le sénateur Olson: D'ici la séance de demain, pourriez-vous obtenir le texte de ces amendements en bonne et due forme.

M. Gibson: Je crois que nous pourrions l'obtenir pour la séance de demain après-midi, si tel est votre désir, madame le président.

Le président: Merci.

Le sénateur Godfrey: Monsieur Gibson, si un juge entend la cause et penche du côté de la Commission des libérations conditionnelles je suppose alors que, même si quelqu'un en appelle de cette décision, le détenu restera en détention préventive. Qu'arrive-t-il si un juge décide que le détenu devrait être libéré et que la Couronne décide d'en appeler?

M. Gibson: Lorsqu'il s'agit de choisir entre la protection du public et la liberté du détenu en question, la proposition, telle qu'elle sera présentée, aura pour effet de garder le détenu en détention préventive tout au long du processus de détermination par le tribunal.

Le sénateur Lapointe: Vous parlez d'affaires jugées par une Cour supérieure. Que se passe-t-il dans les autres cas?

M. Gibson: On procédera exactement de la même façon que maintenant pour la plupart des détenus admissibles à la libération en vertu d'une réduction de peine. Ils sont libérés à la suite d'une réduction de peine, sous surveillance obligatoire toutefois, sans qu'on procède à un examen détaillé de leur cas.

Permettez-moi de vous rappeler ce que le Solliciteur général vous avait dit; depuis septembre 1982, lorsque la Commission nationale des libérations conditionnelles a institué la suspension immédiate, il n'y a eu que 12 cas pour lesquels la Commission des libérations conditionnelles a jugé bon de suspendre immédiatement la libération d'un détenu. Par conséquent, la plupart des détenus seront libérés sans avoir à passer par le processus que j'ai décrit.

Le sénateur Hastings: Monsieur Gibson, je félicite le Solliciteur général pour cet amendement qui constitue une grande amélioration par rapport à ce qu'il avait proposé à la dernière

[Text]

some clarification on the area of the retroactivity of the bill, however. As I said at the last meeting, there are 11,000 inmates in our institutions all of whom have been given mandatory supervision dates. The mandatory supervision date is the date on which the inmate, if not paroled, will be free to serve his remission on mandatory supervision, provided he performs according to the rules and regulations for the good order of the institution in which he is confined. We have made that agreement with him. Every inmate has been given a mandatory supervision date on which he will, we have told him, be released subject to his good behaviour in the institution. If he performs according to his part of the agreement and we then summarily break our part of the agreement, I think that is against the interests of the justice system. In other words, in the whole criminal justice system it is imperative that society be fair, be just and be firm.

The Chairman: Senator Hastings, I regret to interrupt you, but would you at this time confine yourself to questions, please?

Senator Hastings: This is my question: Rather than having the act retroactively invoked, could it not be commenced at the time of proclamation?

Mr. Gibson: Senator Hastings, my instructions from the Solicitor General are that he wishes to retain that element of the amendment which would make the procedure applicable to all inmates currently incarcerated as well as those incarcerated after the coming into force of the amendment.

I would point out, if I may, briefly, in support that position, that every inmate currently incarcerated is well aware that on his release, subject to mandatory supervision, in the event that he breaks the conditions of his mandatory supervision and is judged to be a risk to society, he is subject to return to the institution.

The procedure here envisaged would simply make it clear beyond doubt that the authority which the Parole Board purports to exercise in respect of inmates currently incarcerated is reinstated, or is instated for the first time, as we are now told by the Supreme Court of Canada, in the interests of the protection of society.

Senator Godfrey: It would not apply to those who have been gated and released because of the Supreme Court.

Mr. Gibson: That is correct, senator.

Senator Nurgitz: For the sake of clarity, the appeal provision here, as in any criminal conviction, provides for an appeal to the provincial Court of Appeal.

Mr. Gibson: That is correct, senator.

Senator Nurgitz: And it is an appeal on either law or fact or both.

Mr. Gibson: That is correct.

[Traduction]

séance. J'aimerais toutefois éclaircir certains points en ce qui concerne la rétroactivité du projet de loi. Comme je l'ai dit à la dernière séance, il y a dans nos établissements de détention 11,000 détenus auxquels une date de surveillance obligatoire a été fixée. La date de surveillance obligatoire est celle à laquelle le détenu, s'il n'obtient pas une libération conditionnelle, pourra servir sa réduction de peine sous surveillance obligatoire, pourvu qu'il respecte les règles et le règlement de l'établissement où il est incarcéré. Il s'agit d'une entente que nous avons conclue avec lui. Chaque détenu s'est vu fixer une date de surveillance obligatoire, date à laquelle, lui avons-nous dit, il sera libéré si son comportement dans l'établissement le justifie. S'il respecte ses engagements et que nous ne respectons pas les nôtres, nous allons alors selon moi à l'encontre des intérêts du système judiciaire. Autrement dit, il est absolument nécessaire que, en matière criminelle, notre société soit juste, équitable et constante.

Le président: Sénateur Hastings, je suis désolé de vous interrompre, mais auriez-vous l'obligeance de vous limiter à des questions?

Le sénateur Hastings: Voici ma question. Plutôt que d'appliquer la loi rétroactivement, ne pourrait-on pas la faire entrer en vigueur à la date fixée par proclamation?

M. Gibson: Sénateur Hastings d'après ce que m'a dit le Solliciteur général, il souhaite conserver cet élément de l'amendement qui rendrait la procédure applicable à tous les détenus présentement incarcérés, ainsi qu'à ceux qui le seront après l'entrée en vigueur de l'amendement.

Je ferai remarquer, si vous me permettez de défendre brièvement cette position, que chaque détenu présentement incarcéré sait très bien qu'au moment de sa libération sous surveillance obligatoire, s'il n'en respecte pas les conditions et si l'on juge qu'il constitue un risque pour la société, il est susceptible d'être réincarcéré.

La procédure à laquelle on songe maintenant aurait pour simple effet de rétablir de façon certaine l'autorité que la Commission des libérations conditionnelles entend exercer en ce qui concerne les détenus présentement incarcérés, ou de l'établir pour la première fois, comme nous le dit maintenant la Cour suprême du Canada, pour assurer la protection de la société.

Le sénateur Godfrey: Elle ne s'appliquerait pas aux détenus dont la libération avait été suspendue immédiatement et qui ont été libérés à la suite du jugement de la Cour suprême.

M. Gibson: C'est exact, sénateur.

Le sénateur Nurgitz: Pour plus de précisions, la disposition concernant l'appel dans ce cas-ci, comme pour n'importe quelle condamnation criminelle, permet d'en appeler devant une cour d'appel provinciale.

M. Gibson: C'est exact.

Le sénateur Nurgitz: Et il s'agit d'un appel sur une question de droit ou de fait, ou sur une question de droit et de fait.

M. Gibson: C'est exact.

[Text]

Senator Nurgitz: It is no longer a technical appeal on the basis of either the denial of natural justice or the jurisdictional question.

Mr. Gibson: Senator Nurgitz, let me briefly read subsection 695(1) of the Criminal Code:

A person who is sentenced to detention—
which, of course, is the procedure there envisaged—

in a penitentiary for an indeterminate period under this Part may appeal to the court of appeal against that sentence on any ground of law or fact or mixed law and fact.

Senator Nurgitz: That is much broader, then.

Mr. Gibson: Yes.

Senator Nurgitz: I hope my question is in order, but in terms of the question of inmates and their mandatory supervision, I suggest to you, Mr. Gibson, that gating is far broader than you have made out. Owing to the urgency of this situation, in the event that the proposed amendments, or the amendments, were found to be out of order, could you comment on whether we could proceed with this in the form of a new bill?

Mr. Gibson: Senator, I am not in a position to speak for the Solicitor Gen to indicate whether, in the event that this subject matter was not proceeded with by the committee as amendments to Bill S-32, he would be inclined to introduce it as a separate bill in this house or the other place at this time, bearing in mind the closeness to the summer recess.

Senator Godfrey: If I may just make a comment, in view of the fact that we have already considered this amendment in this committee and you have given us really everything we have asked for, surely a new bill could be whistled through the Senate, including this committee, in very short order. I would not foresee any delay.

The Chairman: I am sure Mr. Gibson will take that observation back to the minister, Senator Godfrey.

Mr. Gibson, on a point of clarification, in your comments with respect to the time frame of 90 days required for this process to take place, you mentioned that two weeks would be required for the remand procedures for observation. Do you anticipate psychiatric observation? Is that what is involved?

Mr. Gibson: Yes, Madam Chairman, there would be authority in the court to remand the offender over for psychiatric examination, in accordance with the procedure under Part XXI.

The Chairman: That would be substantially similar to what is now in Part XXI of the Criminal Code.

Mr. Gibson: That is correct. If I may, Madam Chairman, I would like to respond to Senator Godfrey's point. I reiterate the issue of the impending summer recess and the fact that, if the minister were to proceed by two bills, of course, quite apart from the issue in the house, it would double his problems in the other place. That is a matter which I have no doubt he will wish to take into consideration.

[Traduction]

Le sénateur Nurgitz: Il ne s'agit plus d'un appel technique fondé sur le déni de justice ou sur la question de la compétence.

M. Gibson: Sénateur Nurgitz, permettez-moi de citer le paragraphe 695(1) du Code criminel:

Une personne condamnée à la détention préventive—
ce qui est, il va sans dire, la procédure à laquelle on songe—

sous l'autorité de la présente Partie peut interjeter appel d'une telle condamnation à la cour d'appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit ou de fait.

Le sénateur Nurgitz: Cette disposition va beaucoup plus loin.

M. Gibson: Oui.

Le sénateur Nurgitz: J'espère que ma question est pertinente, mais, en ce qui concerne la question des détenus et leur libération sous surveillance obligatoire, permettez-moi de dire, M. Gibson, que la suspension immédiate a une portée beaucoup plus grande. Étant donné l'urgence de la situation, si les amendements proposés ou les amendements n'étaient pas acceptés, pourrions-nous alors procéder comme s'il s'agissait d'un nouveau projet de loi?

M. Gibson: Sénateur, je ne suis pas en mesure de vous dire au nom du Solliciteur général si, au cas où le Comité refusait d'accepter ces amendements au projet de loi S-32, il voudrait présenter un projet de loi distinct dans cette chambre ou à l'autre endroit, étant donné l'approche de l'intersession parlementaire.

Le sénateur Godfrey: Si vous me permettez une observation, étant donné que nous avons déjà étudié cet amendement au cours d'une séance antérieure et que vous avez vraiment répondu à toutes nos questions, un nouveau projet de loi pourrait certainement être étudié très rapidement par le Sénat et par le Comité. Je ne prévoierais aucun retard.

Le président: Je suis convaincu que M. Gibson en parlera au ministre, sénateur Godfrey.

Monsieur Gibson, j'aimerais quelques éclaircissements sur de délai de 90 jours. Vous avez mentionné qu'il faudrait ajouter deux semaines de détention aux fins d'observations. Voulez-vous dire des examens psychiatriques? Est-ce de cela qu'il s'agit?

M. Gibson: Oui, madame le président, le tribunal pourrait demander que l'inculpé subisse des examens psychiatriques, conformément à la procédure dont il est question à la Partie XXI.

Le président: Ce serait à peu près la même procédure que celle dont il est question à la Partie XXI du Code criminel.

M. Gibson: C'est exact. Si vous le permettez, madame le président, j'aimerais répondre au point soulevé par le sénateur Godfrey. Je reviens sur la question de l'approche de l'intersession parlementaire et du fait que, si le ministre devait présenter deux projets de loi, il va sans dire que, abstraction faite de la question que cela soulèverait dans cette Chambre, il aurait

[Text]

The Chairman: Thank you, Mr. Gibson.

Senator Hastings: I have one brief question. Could you enlighten me on the terms of reference of the Solicitor General's committee on sentencing?

Mr. Gibson: I wonder, Madam Chairman, if we are speaking of the Criminal Code Review Process?

Senator Hastings: If that is on sentencing, yes.

Mr. Gibson: There are a number of projects within the Criminal Law Review, one dealing specifically with sentencing and another dealing with the post-sentencing process, both of which are considering aspects of the issues which we are currently discussing, with a commitment to come forward in accordance with the governments announced policy on the Criminal Law Review.

Through that process, we would continue in the revised set of amendments that I have described to you to include a sunset clause in this process to ensure that the whole issue is looked at in detail, within the context of the Criminal Law Review.

Senator Godfrey: Could I make one final comment. If we hold that it is legal and it goes to the other place and the Speaker there says it is illegal, you are going to be held up much more in that case.

Senator Frith: Isn't the issue, senator, whether this amendment is admissible here in the committee? If the committee finds that the amendment is in order, and makes it, we would then report it back for third reading and I do not think anything would come up in the other place.

However, if they wanted to, the other place could make another amendment in their committee—

The Chairman: I think we will discuss that later, honourable senators.

Senator Frith: I am sorry, Madam Chairman, but once we pass the bill, I do not think it would arise in the Commons as to whether or not the committee of the Senate had authority to make the amendment.

Senator Olson: And if the bill were passed by the Senate, it would be with the amendment; it would be the whole bill.

The Chairman: On your behalf, honourable senators, I would like to thank Mr. Gibson for appearing here today. Certainly his intervention and his explanations have been very helpful to us.

Mr. Gibson: Thank you, Madam Chairman.

The Chairman: If you have a copy of your submissions, that would be very useful. Perhaps Mr. du Plessis would like a copy of them before he leaves.

The committee proceeded to other business.

[Traduction]

d'autres problèmes à l'autre endroit. Je suis convaincu qu'il voudra tenir compte de cet aspect de la question.

Le président: Merci, monsieur Gibson.

Le sénateur Hastings: Pourriez-vous m'éclairer au sujet du mandat du comité du Solliciteur général qui se penche sur les sentences—

M. Gibson: Je me demande, madame le président, si l'on veut parler du processus de révision du Code criminel?

Le sénateur Hastings: Il s'agit de celui qui concerne les sentences, oui.

M. Gibson: La révision du Code criminel comporte un certain nombre de projets dont l'un qui traite précisément des sentences et l'autre du processus postérieur à celles-ci. On y étudie dans les deux cas certains aspects des questions dont nous discutons maintenant et pour lesquelles nous nous sommes engagés à respecter la politique déclarée du gouvernement sur la révision du Code criminel.

Au cours de ce processus, nous continuerons l'étude de la série révisée de modifications dont je vous ai parlé afin d'y inclure une disposition de limitation de durée qui permettrait d'étudier la question en détail, dans le contexte de la révision du Code criminel.

Le sénateur Godfrey: Me permettez-vous un dernier commentaire? Si nous décidons que c'est légal, et si ensuite le projet de loi est renvoyé à l'autre endroit et qu'on l'y déclare illégal, vous serez encore beaucoup moins avancés.

Le sénateur Frith: La question n'est-elle pas de savoir, sénateur, si la modification est recevable ici, au moment? Si le comité estime que la modification doit être acceptée et l'accepte, nous la renverrons alors sur la troisième lecture. Je ne crois pas qu'il se passerait quelque chose à l'autre endroit.

Il se pourrait toutefois que l'autre endroit décide d'apporter un autre amendement en comité—

Le président: Je crois que nous en reparlerons plus tard, honorables sénateurs.

Le sénateur Frith: Je suis désolé, Madame le président, mais une fois que nous aurons adopté le projet de loi, je ne crois pas que les députés se demanderont si le Comité du Sénat avait ou non le droit d'apporter l'amendement.

Le sénateur Olson: Et si le projet de loi était adopté par le Sénat, il le serait avec l'amendement? Il adopterait le projet de loi tout entier.

Le président: En votre nom, honorables sénateurs, j'aimerais remercier M. Gibson d'avoir comparu aujourd'hui. Il n'y a aucun doute que son intervention et ses explications nous ont été très utiles.

M. Gibson: Merci, Madame le président.

Le président: Si vous aviez le texte de votre exposé, cela nous serait très utile. M. du Plessis aimerait peut-être que vous lui en remettiez un exemplaire avant qu'il ne se retire.

Le Comité passe à l'étude d'autres questions.



*If undelivered, return COVER ONLY to,
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

WITNESS—TÉMOIN

From the Department of the Solicitor General:

Mr. Fred E. Gibson, Deputy Solicitor General.

Du ministère du solliciteur général:

M. Fred E. Gibson, solliciteur général adjoint.



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Tuesday, May 24, 1983

Le mardi 24 mai 1983

Issue No. 59

Fascicule n° 59

Eight proceedings on:

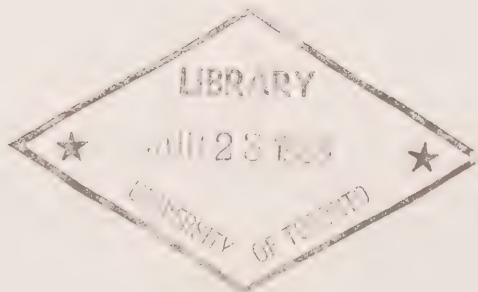
Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Huitième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»

WITNESSES:
(See back cover)

TÉMOINS:
(Voir à l'endos)



THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

TUESDAY, MAY 24, 1983
(83)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:04 p.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Donahoe, Frith, Godfrey, Hastings, Lapointe, Neiman, Nurgitz, Robichaud and Rousseau. (11)

In attendance: Mrs. Monique Hébert, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

*Witnesses:**From the Criminal Lawyers' Association:*

Ms. Dianne L. Martin, Co-Chairman of the Association's Sub-committee on Uniform Evidence Act;

Ms. Marlys Edwardh, member of the Sub-committee.

The Committee proceeded to consider Bill S-33 intitled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

The witnesses made statements and answered questions.

On motion of Senator Nurgitz, it was agreed,—That the brief presented by the Criminal Lawyers' Association be printed as an appendix to this day's Proceedings of the Committee. (See appendix "59-A").

At 5:45 p.m., the Committee adjourned until 3:00 p.m., on Wednesday, May 25, 1983.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Paul Belisle

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE MARDI 24 MAI 1983
(83)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 h 04 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (*présidente*).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Donahoe, Frith, Godfrey, Hastings, Lapointe, Neiman, Nurgitz, Robichaud et Rousseau. (11)

Aussi présente : M^{me} Monique Hébert, Division du droit et du gouvernement, Service de recherches, Bibliothèque du Parlement.

*Témoins:**De la Criminal Lawyers' Association:*

M^{me} Dianne L. Martin, coprésidente, sous-comité de l'Association sur la Loi uniforme sur la preuve;

M^{me} Marlys Edwardh, membre du sous-comité.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-33 intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.»

Les témoins font leur déclaration et répondent ensuite aux questions.

Sur motion du sénateur Nurgitz, il est convenu,—Que le mémoire présenté par la *Criminal Lawyers' Association* soit imprimé en appendice aux délibérations de ce jour. (*Voir appendice «59-A»*).

A 17 h 45, le Comité suspend ses travaux jusqu'à 15 heures le mercredi 25 mai 1983.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Tuesday, May 24, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 4.00 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (*Chairman*) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, we continue this afternoon our consideration of Bill S-33.

We have with us today representatives from the Criminal Lawyers' Association, Miss Dianne Martin and Miss Marlys Edwardh. Some other members including Mr. Harold Levy are also here.

Miss Martin is going to present the brief to us on behalf of the Criminal Lawyers' Association.

Miss Dianne L. Martin, Assistant Secretary of the Criminal Lawyers' Association: Both Miss Edwardh and I will be presenting the brief. We do not intend to go through it page by page however.

The Criminal Lawyers' Association of Ontario is the association of practising defence counsel in Ontario. There are approximately 600 members, all of whom practise either a great deal of criminal law or exclusively criminal law. Miss Edwardh and I practise exclusively criminal law and the position that we are presenting to you is that of criminal lawyers who are trial practitioners, so we have experience in the trenches, so to speak.

The brief that has been provided to you is the product of a committee that I myself chaired on behalf of the Criminal Lawyers' Association. You can see from the front page that there was input from a number of counsel, some a great deal more experienced than Miss Edwardh or myself. We were assisted by counsel as experienced as David Humphrey, for example, and by Mr. Bob McGee, who was formerly a crown attorney in the Judicial District of York. All of us put a fair amount of thought into our presentation, and that in itself creates a problem.

We are very much concerned about the implications of the Uniform Evidence Act. I think it is fair to say that we are very much opposed to the sweeping changes to the law of evidence that this bill contains. The consultation process that one would hope would have gone on before something as major and sweeping in its change of the law has not occurred. From the point of view and the experience of practising criminal lawyers, the bill is dangerous in principle and I think in practice in a number of areas. In fact, our concern is so great that we would be happy to come back again with a view to making perhaps even more specific, clause by clause comments about this legislation.

What Miss Edwardh and I would like to do this afternoon is raise with you what we think is a fundamental question that has been inadequately addressed—that is, why is it proposed to change literally all of the rules of evidence that have been

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mardi 24 mai 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles auquel a été renvoyé le projet de loi S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, se réunit aujourd'hui à 16 heures pour étudier le projet de loi.

Le sénateur John Neiman (*président*) occupe le fauteuil.

Mme le président: Honorables sénateurs, nous poursuivons cet après-midi notre étude du projet de loi S-33.

Nous avons avec nous aujourd'hui des représentantes de la Criminal Lawyers Association, Mlles Dianne Martin et Marlys Edwardh. Certains autres membres sont également parmi nous, dont M. Harold Levy.

Je cède la parole à Mlle Martin qui va nous présenter le mémoire de la Criminal Lawyers Association.

Mlle Dianne L. Martin, sous-secrétaire, Criminal Lawyers Association: Mlle Edwardh et moi allons vous présenter le mémoire, mais nous n'avons pas l'intention de la revoir page par page.

La Criminal Lawyers Association de l'Ontario, est l'association qui représente les avocats de la défense de l'Ontario. Nous comptons environ 600 membres dont tous pratiquent exclusivement ou presque le droit pénal. Mlle Edward et moi-même exerçons le droit pénal exclusivement, et la position que nous allons vous présenter est celle d'avocats au criminel qui ont l'habitude des procès, de sorte que nous parlons pour ainsi dire par expérience.

Le mémoire qui vous a été soumis est le résultat des travaux d'un comité que j'ai présidé au nom de la Criminal Lawyers Association. Vous pouvez voir à la première page qu'un certain nombre d'avocats y ont participé dont certains ont beaucoup plus d'expérience que Mlle Edwardh ou moi-même. Nous avons bénéficié de la collaboration d'avocats aussi expérimentés que M. David Humphrey, par exemple, et que M. Bob McGee, ancien procureur de la Couronne du district judiciaire de York. Chacun d'entre nous y a vraiment mis du sien, et cela a créé un problème en soi.

Nous nous préoccupons véritablement des répercussions de la Loi uniforme sur la preuve. Je pense qu'il serait juste de dire que nous nous opposons fermement aux modifications de fond proposées au droit de la preuve par le projet de loi. Avant que des changements aussi importants ne soient proposés, il aurait été essentiel qu'il y ait consultation. De l'avis des praticiens du droit pénal, le projet de loi est dangereux en principe, et aussi en pratique, et ce pour diverses raisons. En fait, notre inquiétude est tellement grande que nous serions disposées à comparaître à nouveau devant vous pour vous faire des observations encore plus précises sur le projet de loi, article par article.

Mlle Edwardh et moi-même aimerions cet après-midi aborder avec vous une question que nous considérons comme fondamentale et à laquelle personne n'a vraiment répondu, à savoir pourquoi on se propose de modifier littéralement toutes

[Text]

growing and adapting to the needs of courtrooms in this sweeping way? Is there a need for this kind of change? Has the impact of this type of change been adequately considered?

Certainly, there are specific areas of concern which we would be happy to discuss with you and bring to your attention, but our foremost concern as a matter of basic principle is why a change this profound is even being contemplated, and why has it come forth, and is it appropriate for it to be before this house in this way?

Miss Edwardh has some comments on the nature of codification and law in general, and whether it is appropriate in this circumstance.

Miss Marlys Edwardh, Member, Criminal Lawyers' Association (Sub-Committee on Uniform Evidence Act): Before I go into that area, I should like to make one or two comments on the nature of the consultative process that has gone on.

By and Large, the members of our association think that they have been dramatically left out at the stages where lawyers can easily speak with lawyers so that we could talk in fine, technical detail about this legal rule or that legal rule. Instead, they are confronted with what they believe to be not a codification of the existing law, but rather an attempt at codification where there has been fundamental alteration to many of the basic principles upon which they believe they conduct trials.

It is not easy for us to express to you, many of whom are not lawyers, the kinds of detailed, technical analyses that ought to have gone on much earlier, so that the choices left to this committee would have been policy choices—as between A and B, if there were a rational way of choosing a rule. But now I think we are in the difficult position of looking technically at one rule and saying that it misses this or that, making it hard for people who are not lawyers to fully comprehend why we are so concerned.

If I may go on to the much more important issue which all of the members of our association take a very strong stand on, this bill is an attempt at codification and a drastic restatement of the law of evidence. It is put forward, it is our belief, without a real or concrete assessment of the need to sit down and rewrite what amounts to some four or five hundred years' of common law development of the law of evidence. It is unusual—and I think you would find it amusing to know that Dianne and myself have not been the more conservative members of our Bar—to find us taking the very conservative position that there is a 400-year tradition during which these rules have grown and have been developed, where flexibility has been required by trial judges, where the common law tradition of principled adjudication has allowed the flexible development of the introduction of evidence. We see that today by looking at how the Supreme Court of Canada has evolved and developed and redefined principles. That court does that very slowly, very carefully, and with great consideration for the impact.

What we have before us today is, indeed, a whole different beast; it is a wholesale rewriting of areas of the law, showing a tendency to brush certain elements aside saying that "the law

[Traduction]

les règles de preuve qui ont été établies au cours des ans pour répondre aux besoins des tribunaux. De tels changements s'imposent-ils vraiment? S'est-on sérieusement interrogé sur leurs répercussions?

Il y a certains points qui nous préoccupent particulièrement et nous serions heureux de vous les signaler et d'en discuter avec vous, mais nous nous demandons avant tout, par principe, pourquoi des modifications aussi profondes sont envisagées, pourquoi elles ont été proposées et s'il convient qu'elles soient étudiées ici, de la façon dont elles le seront.

M^{lle} Edwardh aurait quelques observations à formuler sur la nature de la codification, dont elle met en doute l'à-propos dans les circonstances actuelles, et sur la loi en général.

Mlle Marlys Edwardh, membre, Criminal Lawyers' Association (sous-comité chargé d'étudier la Loi uniforme sur la preuve): Avant d'aborder le sujet, je tiens à faire une ou deux observations sur la nature du processus de consultation suivi.

Genement parlant, les membres de notre association ont l'impression d'avoir été tout à fait exclus aux étapes où les avocats peuvent facilement s'expliquer entre eux et parler en termes techniques d'une règle ou d'une autre. Au lieu de cela, les avocats se voient imposer ce qu'ils croient être, non pas une codification des lois existantes, mais bien un simulacre de codification qui comporte des changements fondamentaux à bon nombre des principes de base auxquels ils croient.

Il ne nous est pas facile de vous expliquer à vous, dont la plupart n'êtes pas avocats, le genre d'analyses détaillées et techniques qui auraient dû être effectuées beaucoup plus tôt pour que votre Comité n'ait qu'à faire un choix politique, c'est-à-dire entre A et B, comme s'il avait existé un moyen rationnel de choisir une règle. C'est pourquoi nous avons maintenant l'obscur tâche d'examiner chaque règle sur le plan abstrait et de dire qu'elle présente telle ou telle lacune à des gens qui ne sont pas des avocats et qui ont de la difficulté à comprendre nos inquiétudes.

Si vous me le permettez, j'aborderai maintenant la question très importante à l'égard de laquelle tous les membres de notre association ont adopté une attitude ferme. Le projet de loi à l'étude est une tentative de codification et de reformulation du droit de la preuve. À notre avis, on a rédigé ce projet de loi sans vraiment se demander s'il était nécessaire de réécrire le droit de la preuve qui s'est développé dans le cadre de la common law sur une période de 400 à 500 ans. Si vous nous connaissiez Dianne et moi, qui n'avons jamais été les membres les plus conservateurs du barreau, vous seriez surpris de nous entendre défendre une aussi vieille tradition, 400 ans d'histoire au cours desquels les règles se sont développées, les juges des faits ont appris à faire preuve de souplesse, et la tradition des jugements motivés propre à la common law a permis l'introduction en douceur de la preuve. Nous nous rendons compte aujourd'hui en examinant la façon dont la Cour suprême du Canada a évolué et a élaboré et redéfini les principes qu'elle a procédé fort lentement, très soigneusement et en tenant vraiment compte des répercussions de ses actes.

Ce que nous avons devant nous aujourd'hui, c'est une mesure législative d'un ordre tout à fait autre; il s'agit d'une reformulation à grande échelle de domaines du droit, que

[Text]

of evidence is kind of technical, it does not really mean that much."

I think that is what we all take grave issue with, because the law with respect to evidence is in fact one of the most important elements. It is part of the substantive law; it defines how we think about our legal problems; it conditions even the nature of the issues which are presented. It also contains within it a body of procedural protections that ought not to be lightly dispensed with, procedures that work on behalf of witnesses who testify on behalf of accused persons and on behalf of litigants in civil matters.

We strongly believe that the historic development of those rules has been incautiously set aside, and set aside at the risk not of moving forward to clarity, simplicity and certainty—which I think we would all agree ought to be the principle of codification—but rather at the risk of an invitation to years of litigation around obscure wording and imprecise principles.

I think it is worthwhile to look at—one or two areas of the bill to keep in mind what I believe to be the principles. I suggest to you that if we are to codify an area of law we should hope the codification would simplify the law, add clarity to the law, and certainty to the rules.

There is the myth—and I believe most trial lawyers will tell you it is a myth—that the law of evidence is unduly technical and obscure. While that may be the case in some limited areas, the law of evidence is largely a body of workable rules which generally have worked well. Because of the historical development of those rules, we ask that if they are to be changed then they should be changed slowly and not with the dramatic steps that this bill represents.

You will see a brief comment written on this area in a paper by Mr. Robert McGee who was, indeed, one of our senior crown attorneys in Toronto.

Senator Godfrey: What page is that found on?

Miss Edwardh: That is found on page 49. This, on its face, looks fairly innocuous, but clause 102 of the bill says that the court may call witnesses in criminal proceedings where it appears to be in the interests of justice.

Part of the problem with such a provision—and the comment of Mr. McGee is well worth noting—is that nowhere does it say "in extraordinary circumstances the court may call witnesses." It rather takes the fundamental structure of the adversary process, with many of its flaws—and they are there—and it then reposes in the trial judge a new and undefined authority, and the principles upon which he should act are very unclear. The interests of justice do not articulate whether he thinks there is a concrete witness, or there is chicanery on the part of one counsel not producing a witness to the court. There is no suggestion as to which criteria the judge should apply. This change brings him down into the arena.

[Traduction]

traduit une tendance à en éliminer certains éléments sous prétexte que le droit de la preuve est en quelque sorte technique et ne signifie pas grand chose.

Je pense que c'est ce contre quoi nous nous élevons tous parce que le droit de la preuve est peut-être celui qui a aujourd'hui le plus de sens. Il fait partie du droit substantif, il définit la façon d'aborder les problèmes juridiques; il conditionne même la nature des débats. Il englobe également une série de mesures de protection ayant le caractère de procédures et qu'il ne faudrait pas balayer du revers de la main car elles sont utiles tant aux témoins et aux accusés qu'aux plaideurs en matière civile.

Nous sommes persuadés qu'on a inconsciemment fait fi de ces règles élaborées au cours des ans et qu'on les a laissées de côté au profit non pas d'une plus grande clarté, simplicité ou précision, qualités qui à notre avis à tous devraient être le propre de la codification, mais plutôt au risque d'années de litiges au sujet de formulations obscures et de principes imprécis.

Je pense qu'il serait utile d'examiner un ou deux points du projet de loi pour bien comprendre les principes dont je parle. A mon avis, il faudrait viser par la codification à simplifier la loi, à la clarifier et à préciser les règles.

On a affirmé que le droit de la preuve était indûment technique et obscur; c'est un mythe et je pense que la plupart des avocats en conviendront avec moi, si ce n'est de quelques petits points. Le droit de la preuve est essentiellement un ensemble de règles pratiques que, dans l'ensemble, sont efficaces. A cause de leur longue histoire, nous vous demandons au besoin, de les modifier graduellement et de ne pas adopter les mesures radicales proposées dans le présent projet de loi.

Vous pourrez lire une brève observation à ce sujet dans un document rédigé par M. Robert McGee, un de nos plus anciens procureurs de la Couronne de Toronto.

Le sénateur Godfrey: A quelle page, s'il vous plaît.

Mlle Edwardh: A la page 49 de la version anglaise. Cela peut paraître inoffensif, mais il est dit à l'article 102 du projet de loi qu'un tribunal peut citer un témoin en matière criminelle s'il considère que c'est dans l'intérêt de la justice de le faire.

Le problème que pose en partie cette disposition—et l'observation de M. McGee mérite d'être mentionnée ici—c'est qu'il n'est dit nulle part que «le tribunal peut citer des témoins dans des circonstances extraordinaires». Cette disposition reprend la structure fondamentale du système accusatoire, et nombre des lacunes qu'il comporte, pour ensuite déléguer au juge des faits un pouvoir nouveau et indéfini, et les principes sur lesquels il doit fonder sa décision sont très obscurs. L'intérêt de la justice n'a rien à voir avec le fait qu'un juge puisse se demander s'il a ou non à sa disposition un témoin objectif, ou le fait qu'un conseiller qui ne veut pas qu'un témoin soit entendu par le tribunal suscite une chicane. Il n'est nulle part question des critères sur lesquels le juge doit s'appuyer, de sorte qu'il est livré à lui-même.

[Text]

If there is one thing we have learned in the development of our legal system it is that we have placed judges in the position they are in for very concrete and real reasons. It is up to the litigants to define and articulate the issues as best they can and to present them to the tribunal. It is for the judge to maintain the distance and impartiality of the tribunal as much as possible.

So, this clause is, in fact, in our view, an invitation—and in a very unclear way—to a fundamental altering of the traditional balance.

Granted there are many judges who will approach that provision conservatively, but there are also other judges who, without further definition, will look at this and may, indeed, go well beyond the legitimate bounds of the traditional adversarial approach, with grave consequence to the system as it exists.

That is one small section where there is no clarity as to when the trial judge should call such witnesses. That does not in any way simplify the law because the law, as it stands now, is simply and clear.

In limited circumstances a judge may exercise unusual and extraordinary discretion and call a witness, and it is his witness. Of course, that compromises in some sense the articulation of issues to the tribunal. Those are rare cases indeed where a trial judge would go so far.

Senator Frith: Have you ever been in such a case?

Miss Edwardh: I have been in no case where a trial judge has called a witness. I have been involved in cases that presented the same problem that Mr. Justice Galligan faced in the Talbot Case, which is probably one of the most recent in Ontario, where counsel in a murder trial had been instructed by the client not under any set of circumstances to raise the defence of insanity. The Crown Attorney for strategic reasons did not raise that defence either. There is an ethical obligation on everybody to not have an accused who is insane convicted of a criminal offence. In the Talbot case, the judge knowing that there was psychiatric evidence, because the defence and Crown in fact had told him, took it upon himself to ensure that a miscarriage of justice did not occur because he had someone who was before him who had the clear history serious mental illness. It is in that kind of extreme case that I have seen that happen.

I have seen the opposite happen when this extraordinary power was not exercised. It can cause also a real disaster in a criminal trial where the person accused of a serious crime is saying "Do not call the defence" and the lawyer is in a terrible ethical quandary. His client is ill and yet he is bound by concrete instructions and the prosecutor does not wish to assist. This can frequently result in a miscarriage of justice.

Senator Robichaud: Would it not be your opinion that the prosecutor or the defence counsel could challenge the author-

[Traduction]

S'il est une chose que l'appareil judiciaire tel qu'il existe nous a enseignée, c'est que nous avons confié aux juges une tâche dont ils doivent s'acquitter pour des raisons très concrètes, et c'est aux plaideurs qu'il revient de formuler leurs causes du mieux qu'ils le peuvent et de les présenter au tribunal, tandis qu'il incombe au juge d'assurer l'impartialité du tribunal.

A notre avis, cet article est en quelque sorte, et de façon assez imprécise, une invitation à rompre l'équilibre traditionnel.

Il est certain que de nombreux juges se montreront conservateurs, mais il en est également d'autres qui, sans se soucier des définitions, dépasseront les limites du système accusatoire traditionnel au risque de perturber profondément l'appareil judiciaire tel qu'on le connaît aujourd'hui.

Il s'agit là d'un tout petit article où il n'est pas précisé quand le juge des faits devrait citer des témoins. Cela ne simplifie aucunement la loi qui est déjà simple et claire.

Dans certaines circonstances, un juge peut exercer un pouvoir discrétionnaire inhabituel et extraordinaire et citer un témoin, et il s'agit là de son témoin. Bien entendu, cela compromet en un sens la présentation des causes au tribunal. Il est rare en fait qu'un juge des faits aille si loin.

Le sénateur Frith: Vous êtes-vous déjà retrouvée dans une telle situation?

Mlle Edwardh: Je n'ai jamais été partie à une affaire dans laquelle un juge des faits a cité un témoin. J'ai été mêlée à des affaires où s'est posé le même problème que celui auquel a été confronté le juge Galligan dans l'affaire Talbot, qui est probablement l'une des plus récentes en Ontario. En effet l'avocat, dans ce procès pour meurtre, avait reçu de son client l'instruction de ne pas plaider l'aliénation mentale quelles que soient les circonstances. Pour des raisons stratégiques, le procureur de la Couronne n'a pas non plus mentionné ce moyen de défense. A cause du code d'éthique, chacun est obligé de prendre des mesures pour qu'un accusé qui n'est pas sain d'esprit ne soit pas reconnu coupable d'un délit criminel. Dans l'affaire Talbot, le juge savait que l'accusé avait des problèmes psychiatriques parce que la défense et la Couronne le lui avaient dit, et il a pris l'initiative de s'assurer qu'une erreur judiciaire ne serait pas commise à l'égard de quelqu'un qui souffrait évidemment de sérieux problèmes mentaux. C'est dans des affaires de ce genre que j'ai vu des juges citer un témoin.

Il est également arrivé que ce pouvoir extraordinaire ne soit pas exercé, et cela risque également d'entraîner des conséquences désastreuses en matière criminelle. Lorsque la personne accusée d'un crime grave dit à son avocat «Ne citez pas la défense à témoigner», ce dernier a un terrible problème de conscience. Son client est malade et pourtant il est lié par les instructions précises qu'il a reçues de lui et le plaignant ne cherche en rien à l'aider. Il arrive souvent qu'une erreur judiciaire puisse en résulter.

Le sénateur Robichaud: Ne croyez-vous pas que le plaignant ou l'avocat de la défense pourrait contester au juge le droit de

[Text]

ity of the judge to call in a witness whether in a criminal case or otherwise? What would happen if they did so?

Miss Edwardh: I think today a judge would be very reluctant to call in an independent witness if counsel did not really bow their heads and let that pass. According to clause 102, of course, the concurrence of counsel is not required and the court may on its own motion produce such witnesses, or compel a party to give the names and so the court could call it.

The Chairman: May I interject? I would prefer that the witnesses make their presentation and if there is a point of clarification that would help us understand what is being said, then I will entertain questions, but I would prefer that these questions, which are rather substantive, remain until we have heard from our witnesses.

Miss Edwardh: I come now to another area where we feel that the purported codification represents a fundamental alteration of the law. Those who practise in criminal courts hold this law very dear to their hearts. I am referring to that area of the law which deals with confession. In particular police officers, defence lawyers and accused persons have experiences on the street that many other people do not have.

A confession is unique for a number of reasons. When it is introduced in evidence it has a power that virtually no other piece of evidence has, I suppose, unless you happen to have someone actually photographed while committing the crime. The confession tells the trier of fact that in some sense the accused person is prepared to condemn himself out of his own mouth. It is a piece of evidence that a jury will rarely refuse to act upon, and its unique power has produced a set of rules that most defence lawyers feel very strongly about, because also the confession is obtained in circumstances where we do not have an independent observer. We know that things can get difficult and hot in a police station. We know that police officers can get pushed to the nth degree sometimes by an accused. There is no scrutiny; it happens inside, away from the presence of counsel and the scrutiny of the community. So we have developed a body of rules that say we are going to scrutinize any confession with considerable care before we give it to the trier of fact.

In the new bill there is a purported loose adoption of the present rules that we rely on that a confession must be voluntary before it is admitted into evidence. Then there are a series of exceptions which appear to be really ill-thought out and gobble up the rule. I doubt if any person responsible for drafting the bill realized that the exceptions that they were creating virtually swallowed the rule about confessions.

Let me give you an instance. The principle that a voir dire must be held in order to ascertain the voluntariness of a confession does not apply to certain classes of statements.

The Chairman: Are you referring to the present law?

Miss Edwardh: I am now referring to the bill. Clause 63 sets out the general principle, and clause 62 defines this category of exceptions that I am going to suggest we look at carefully. Clause 62, subclauses (f), (g) and (h) are the ones I am referring to. Perhaps so we have some clarity, I might read them. Subclause (f) states:

[Traduction]

citer un témoin en matière criminelle ou autre? Qu'arriverait-il s'il le faisait?

Mlle Edwardh: Je pense que de nos jours, un juge hésiterait terriblement à citer un témoin indépendant si les avocats s'y opposaient. L'article 102, bien entendu, n'exige pas le consentement des avocats, et le tribunal peut de son propre chef produire des témoins ou obliger une partie à donner le nom de témoins qu'il peut citer.

Le président: Je m'excuse d'intervenir, mais je préférerais que les témoins fassent leurs déclarations; si une question nous aidait à comprendre ce qui est dit, je permettrais qu'elle soit posée; sinon je préférerais qu'on attende que les témoins aient terminé pour poser les questions de fond.

Mlle Edwardh: J'aimerais maintenant parler brièvement d'un domaine du droit auquel la codification proposée apporterait des modifications fondamentales, domaine auquel ceux qui pratiquent le droit pénal attachent beaucoup d'importance, c'est-à-dire la confession. Les agents de police, les avocats de la défense et les accusés ont une expérience de la vie que bon nombre d'autres personnes n'ont pas.

La confession est un cas unique pour diverses raisons. Lorsque les aveux sont invoqués comme preuve, ils ont un pouvoir que n'a presque aucun autre moyen de défense à moins, je suppose, d'avoir photographié l'accusé au moment où il commettait son crime. Pour un juge des faits, les aveux équivalent en quelque sorte à une condamnation personnelle. Il est rare qu'un jury ne tienne pas compte d'une confession et son pouvoir unique a donné suite à diverses règles auxquelles la plupart des avocats de la défense tiennent parce que les aveux sont faits dans des circonstances où il n'existe pas d'observateur indépendant. Nous savons que les esprits peuvent s'échauffer dans une station de police. Nous savons que les agents de police peuvent parfois être poussés à bout par un accusé. Il n'y a aucun contrôle, les aveux sont faits à l'intérieur, en l'absence de l'avocat, et à l'insu également de la collectivité. Nous avons donc prévu une série de règles selon lesquelles il nous faut examiner la confession avec soin avant d'en faire part au juge des faits.

Le projet de loi à l'étude propose d'adopter plus ou moins les mêmes règles en disant que les aveux doivent être spontanés pour pouvoir être invoqués comme preuve. Puis, il prévoit toute une série d'exceptions qui semblent être irréflechies et qui viennent brouiller les cartes. Je me demande si les rédacteurs du projet de loi se sont aperçus que les exceptions prévues faisaient à peu près disparaître la règle concernant les aveux.

Prenons par exemple le principe selon lequel un voir-dire devant servir à établir que la déclaration était spontanée ne s'appliquerait pas à certaines catégories de déclarations.

Le président: Faites-vous référence à la loi actuelle?

Mlle Edwardh: Je parle maintenant du projet de loi. L'article 63 cite les principes généraux et l'article 62 définit cette catégorie d'exceptions que je vais vous suggérer d'étudier soigneusement. Je veux parler des alinéas 62(1)f, g) et h). Pour plus de clarté, je vais les lire. L'alinéa f) est ainsi libellé:

[Text]

(f) a statement as to the physical condition of the declarant at the time the statement was made—

On its face, I feel sick if that goes in for the truth of its content.

Subclause (g) states:

(g) a statement, made prior to the occurrence of a fact in issue, as to the state of mind or emotion of the declarant at the time the statement was made;

Subclause (h) states:

(h) a spontaneous statement made in direct reaction to a startling event perceived or apprehended by the declarant;

Let me share with you the problem that Miss Martin and I saw when we read this. Subclause (h) is a whole scale adoption of the well-known American author Dean Wigmore who wrote sometime at the turn of the century and who always took the position that our rule with respect to *res gestae*—statements made in the course of the criminal act are admissible—was too narrow. His opinion is that any statement made in spontaneous circumstances should be admitted. We had always confined the concept of *res gestae* to say that if you are looking at the murder, then, of course, you are going to admit the declarations made in the course of the murder. We did not say that if 14 hours later the accused was frightened by his neighbour and said: "All right, I killed her," that that would constitute a spontaneous declaration.

What they have done is that they have disconnected the concept of the spontaneous declaration. They have taken it separated it from the central transaction because all the clause says is "a spontaneous statement made in direct reaction to a startling event perceived or apprehended by the declarant." I am not saying that that in some circumstances should not be admissible. But I now ask you to shut your eyes and imagine with me a situation where an accused is arrested on a murder charge and is now in custody. He is confronted with—and it does happen—a statement by a police officer. Often the police do not initially tell the person that the victim, and it may be a spouse or child is deceased. This is done with the effect of disarming them because the police are trying to get a statement. Therefore, they throw out some startling thing to the person as a result of which they get a confession. That statement that is a result of a "startling event" could well be a statement made to a police officer in a position of authority in a custodial setting, but is not even subject to the ordinary requirements of a voir dire. What has happened is that we have given, in effect, a sanction to police to participate in the interrogation process in a less controlled way. I think all of us will admit that it has been a long and difficult struggle on all sides, police, defence and the court, to develop a set of workable, understandable rules where interrogation can take place in the least intimidating environment so that it does not undermine the administration of justice. No one wants to see people abused or physically hurt. We do not want to see violence. At the same time, if people want to confess, we want there to be a confession.

[Traduction]

f) La déclaration concernant l'état physique de son auteur à l'époque où elle a été faite . . .

Cela me rend malade de penser que cela pourrait devenir recevable comme preuve de véracité.

L'alinéa g) dispose ce qui suit:

g) La déclaration faite avant la survenance des points contestés, quant à l'état d'esprit ou l'état émotionnel de son auteur au moment de cette déclaration;

et l'alinéa h) déclare:

h) la déclaration spontanée faite en réaction immédiate à un événement saisissant réel ou appréhendé.

Permettez-moi de vous faire part des problèmes auxquels M^{lle} Martin et moi-même avons pensé à la lecture de ces alinéas. L'alinéa h) consiste à adopter la position de l'auteur américain bien connu Dean Wigmore, qui a écrit vers le début du siècle que notre règle concernant les choses faites—l'admissibilité des déclarations faites lors de la perpétration d'un acte criminel—était trop étroite, ce qu'il a toujours soutenu. Selon lui, toute déclaration faite spontanément doit être recevable. Nous avons toujours restreint la notion de choses faites au moment où l'acte criminel est perpétré. Si vous êtes témoin d'un meurtre, vous allez évidemment considérer comme recevables les déclarations faites pendant la perpétration du meurtre. Nous n'avons pas dit que si 14 heures plus tard, l'accusé craignant son voisin s'écriait «D'accord, je l'ai tué», cela constituerait une déclaration spontanée.

Ce qu'on fait ici, c'est couper la notion de déclaration spontanée de l'acte criminel. La déclaration est ainsi séparée de la transaction centrale parce que tout ce que l'alinéa en question dit, c'est qu'il dit s'agir d'une déclaration spontanée faite en réaction immédiate à un événement saisissant réel ou appréhendé. Je ne veux pas dire que ce genre de déclaration ne devrait pas être recevable dans certaines circonstances. Mais je vous demanderais maintenant de fermer les yeux et d'imaginer avec moi qu'une personne soit inculpée de meurtre et incarcérée. Elle se trouve confrontée—et cela arrive—à une déclaration d'un agent de police. Souvent les policiers ne disent pas d'emblée à la personne que la victime, parfois son conjoint ou son enfant, est décédé—et cela en vue de désarmer l'inculpé afin d'obtenir des aveux. Par conséquent, la police met l'inculpé dans une situation saisissante et obtient ainsi des aveux. Cette déclaration, qui est le résultat d'un événement saisissant, pourrait très bien être une déclaration faite à un agent de police en position d'autorité, dans une cellule, mais elle ne fait même pas l'objet des règles ordinaires s'appliquant au voir-dire. Ce qui est arrivé, c'est que nous avons en fait donné à la police le droit de participer au processus d'interrogation d'une façon moins contrôlée. Je crois que nous admettrons tous que le processus d'élaboration d'un ensemble de règles pratiques et compréhensibles permettant que l'interrogation ait lieu d'une façon moins intimidante, afin de ne pas miner l'administration de la justice, a donné lieu à une bataille longue et difficile pour tous les intéressés, la police, la défense et les tribunaux. Nul ne veut que des personnes soient maltraitées, physiquement ou autrement. Nous ne voulons pas de violence. Pourtant, si l'inculpé veut faire des aveux, nous voulons qu'il les fasse.

[Text]

A judge should be in a position to hear that only after a voir dire. He should not be put into the position where, on the face of this proposed legislation, there is not even a role for the court to decide such questions as; How many hours was the person in custody? What kind of startling event was it? Was it an event orchestrated and designed to elicit a response?

That is just one out of a dozen problems in the confessions area. Paragraph (h) is only one of three that, I think, cause enormous problems because it is an avenue that the police could use. I think we have carefully built up safeguards over time.

Senator Frith: Could you give us an example?

Miss Edwardh: Paragraph (g) states:

a statement, made prior to the occurrence of a fact in issue, as to the state of mind or emotion of the declarant at the time the statement was made;

That would be the kind of thing that, primarily, would admit into evidence, let us say, a statement of hostility.

Let us suppose you were offering a defence of self-defence, and there was some evidence by the declarant which clearly indicated that he was not acting in self-defence. That is the kind of statement that, on first blush, it would appear to be aimed at. The problem is that we have no rules as to what a statement is with respect to a person's state of mind or a statement of emotion because the court can, of course, draw an inference from a statement of fact as to what the emotion or the intention behind it was. We have never said that in order for it to fit within the category of a statement of mind or emotion, the person has to say, "I am afraid," or "I am not afraid." We will permit a general statement from which an inference can be drawn, because the statement is merely circumstantial evidence of the state of mind.

Here, of course, we run into the problem that there could be, indeed, many kinds of statements, including a confession, which could fall loosely under that rubric as going to show a state of mind, particularly if a person were arrested immediately after the event and made a confession. The objection is not that the court is going to hear this kind of statement; the point is that the court should decide when it is a confession; that it decides its admissibility on a voir dire. All of these are exceptions to the voir dire.

Senator Bosa: Where does the section on the rules of evidence fit into this?

Miss Martin: It does not. Any of the exclusionary rules would not apply to these exceptions.

We should perhaps back up a step. Miss Edwardh has been referring to the voir dire which is, of course, just a hearing within the trial itself to determine the admissibility of particular evidence. Classically, confessions or statements of any sort, be they confessions or not, made to a person in authority, have had to be ruled as voluntary. The trial judge has to hear all of the circumstances surrounding the making of that particular statement or utterance and will rule as to its admissibility.

[Traduction]

Un juge ne devrait entendre ce genre de déclaration qu'après un voir-dire. Il ne devrait pas se retrouver dans une situation où, comme la loi proposée le permettrait, le tribunal ne pourrait même pas déterminer, par exemple, combien d'heures la personne a été détenue, le genre d'événement saisissant dont il s'agissait ou si cet événement a été orchestré en vue de susciter une réaction précise.

Ce ne sont là que quelques-uns d'une douzaine de problèmes concernant les aveux. L'alinéa h) n'est qu'un aliéna parmi trois qui, selon moi, risquent de causer de graves problèmes parce que la police pourra s'en servir. Toutefois, je pense que nous avons su, avec le temps, instaurer des garanties utiles.

Le sénateur Frith: Pourriez-vous nous en donner un exemple?

Mlle Edwardh: L'alinéa g) prévoit ce qui suit:

la déclaration faite avant la surveillance des points contestés, quant à l'état d'esprit ou l'état émotionnel de son auteur au moment de cette déclaration.

C'est le genre de chose qui permettrait principalement de donner en preuve une déclaration d'hostilité par exemple.

Supposons que vous fondiez votre défense sur la légitime défense et que d'après certaines déclarations de l'inculpé, il soit clair qu'il ne se soit pas agi de légitime défense. A première vue, c'est là le genre de déclaration visé. Le problème, c'est qu'il n'existe aucune règle sur ce qu'est une déclaration sur l'état d'esprit ou l'état émotionnel d'une personne parce que le tribunal peut évidemment déduire d'une déclaration l'émotion ou l'intention qui est à son origine. Nous n'avons jamais prétendu que, pour que cette déclaration entre dans la catégorie des déclarations sur l'état d'esprit ou l'état émotionnel, la personne devait dire «j'ai peur» ou «je n'ai pas peur.» Nous autoriserons une déclaration générale de laquelle on peut déduire quelque chose, parce que la déclaration est tout simplement une preuve indirecte de l'état d'esprit de l'inculpé.

Évidemment, nous aboutissons à un problème parce qu'en fait, de nombreux genres de déclarations, y compris des aveux, entreraient sous cette rubrique comme témoignant d'un état d'esprit, particulièrement si la personne est arrêtée immédiatement après l'événement et passe aux aveux. L'objection ne tient pas à ce que le tribunal va entendre ce genre de déclaration, mais plutôt à ce qu'il doit décider s'il s'agit d'aveux et déterminer si le voir-dire est recevable. Toutes ces déclarations sont des exceptions au voir-dire.

Le sénateur Bosa: Qu'est-ce que les dispositions sur les règles de la preuve viennent faire là-dedans?

Mlle Martin: Rien du tout. Les règles sur la non-recevabilité ne s'appliquent pas à ces exceptions.

Nous devrions peut-être revenir en arrière. M^{lle} Edwardh a parlé du voir-dire qui est, évidemment, une simple audience, pendant le procès lui-même, visant à déterminer la recevabilité d'une preuve donnée. Traditionnellement, les aveux ou les déclarations de toutes sortes faits à un responsable devaient être jugés spontanés pour être recevables. Le juge de première instance doit être informé de tous les faits qui ont entouré la déclaration pour pouvoir statuer sur sa recevabilité.

[Text]

Senator Frith: In the absence of the jury.

Miss Martin: In the absence of the jury.

Clause 62 excludes from a voir dire all of the kinds of statements that Miss Edwardh has been describing. In other words, the surprised utterance in the police station such as, "I really hated him after all;" utterances in contradiction to the self-defence defence, and so on, would be introduced to the jury without any exploration as to the circumstances.

Now, in a very simple case where a police officer arrives on the scene and that kind of spontaneous utterance is made almost immediately, the voir dire is usually very brief and, in most circumstances, although not all, the judge will admit that evidence and the jury will hear it. There will have been no coercion; there will be no circumstance which encourages the judge to want to keep it out.

That is, of course, not always the case. There have been other cases where, on the face of it, a simple voluntary statement was not admitted. It has traditionally, and very wisely, been the function of the trial judge to decide this issue before the jury hears the evidence.

If it turned out later in the trial that, in fact, the police officer had been holding a shotgun at the accused at the scene and there was a real threat inherent in the situation, it would be far too late to correct that miscarriage of justice because the jury would have heard the evidence.

A very important safeguard of the voir dire is being expunged by these rather casual-appearing exceptions to the rule that requires statements to persons in authority to be found to be voluntary before the trier of fact hears them.

Senator Godfrey: Where does it say this?

Miss Martin: Clause 62, which follows the hearsay provisions, states:

The following statements are admissible to prove the truth of the matter asserted:

Clause 64 states that statements, other than the ones we have been discussing, must be admitted after a voir dire. The ones we are presently discussing are specifically excluded under clause 64.

Senator Godfrey: How does the judge decide whether it is a startling event perceived or apprehended by the declarant? He has to rule on that.

Senator Frith: It goes in front of the jury.

Miss Edwardh: I would think that is what happens.

Senator Frith: You adduce the evidence with the jury still in the room, talk about a startling situation, have your witness describe all the circumstances and, if it is an exception, you have a voir dire?

Miss Edwardh: That is right. One of the things that has caused great concern is: Initially, when we think of these exceptions, they have been confined to brief utterances that slip out the mouth of someone, but there is also the spontaneous statement. What I believe could happen with this kind of

[Traduction]

Le sénateur Frith: En l'absence du jury.

Mlle Martin: En l'absence du jury.

L'article 62 exclut de l'obligation de tenir un voir-dire tous les genres de déclarations décrits par M^{lle} Edwardh. Autrement dit, des remarques spontanées faites au poste de police comme «Après tout, je le détestais vraiment», des réflexions contredisant la défense fondée sur la notion de légitime défense etc. seraient présentées au jury sans autre étude des circonstances dans lesquelles elles ont été faites.

Actuellement, dans un cas très simple où un agent de police arrive sur les lieux du crime et où l'inculpé fait une réflexion spontanée presque immédiatement, le voir-dire est généralement très bref et dans la plupart des cas, mais pas tous, le juge considérera cette preuve comme recevable et le jury l'entendra. Comme il n'y aura pas eu coercition, rien n'incitera le juge à ne pas retenir cette preuve.

Évidemment, il n'en est pas toujours ainsi. Il est déjà arrivé qu'une simple déclaration ayant l'air spontanée ne le soit pas. Traditionnellement, c'est le juge de première instance qui devait en décider avant que le jury n'entende la preuve, et c'était très sage.

Si l'on s'apercevait plus tard au cours du procès qu'en fait, l'agent de police menaçait l'accusé de son revolver sur les lieux du crime, il serait bien trop tard pour corriger la situation parce que le jury aurait déjà entendu la preuve.

Une des très importantes garanties que présente le voir-dire est éliminée par ces exceptions apparemment anodines voulant que les déclarations faites à des responsables soient jugées spontanées avant que le juge des faits ne les entende.

Le sénateur Godfrey: Où dit-on cela?

Mlle Martin: L'article 62, qui suit les dispositions relatives au ouï-dire, dit:

Sont recevables comme preuves de leur véracité.

Selon l'article 64, ces déclarations, autres que celles dont nous venons de parler, ne peuvent être déclarées recevables qu'après un voir-dire. Les déclarations dont nous parlons actuellement sont spécifiquement exclues de l'application de l'article 64.

Le sénateur Godfrey: Comment le juge peut-il décider s'il s'agit d'un événement saisissant réel ou appréhendé? Il doit prendre une décision à ce sujet.

Le sénateur Frith: Il s'en remet au jury.

Mlle Edwardh: Je pense que c'est cela.

Le sénateur Frith: Vous produisez les preuves pendant que le jury est encore dans la salle, vous parlez d'une situation saisissante, vous demandez à votre témoin de décrire la situation et, s'il s'agit d'une exception, vous tenez un voir-dire?

Mlle Edwardh: C'est exact. Ce qui nous inquiète beaucoup, entre autres, c'est qu'à l'origine, ces exceptions étaient limitées à de brèves remarques qui échappaient à l'inculpé, mais il y a également les déclarations spontanées. D'après moi, ce qui pourrait arriver avec ce genre de règle, c'est que les exceptions

[Text]

rule is that we will not be talking about utterances or brief three-line statements, there could be arguments that whole written statements were, in fact, the result of what was spontaneous in the context of that clause.

Senator Frith: The test in the voir dire is whether it was voluntary?

Miss Edwardh: Yes.

Senator Frith: Surely, even in these circumstances, you could attach the voluntariness of the statement and have it excluded because it is not excluded from the test of voluntariness; it is excluded from having to have a voir dire to establish its voluntariness; is that not correct?

Miss Martin: No, it is excluded from the test of voluntariness.

Miss Edwardh: That is under clause 64.

Miss Martin: Clause 64 excludes the proponent of that evidence from establishing it was voluntary.

I think there has been a regression. Certainly, the remainder of the clauses address that. The definition of "voluntary" under clause 63 is a rather dated one. It goes back to the Supreme Court of Canada decision called *Abraham*, which states that a statement is voluntary if it is made without fear of prejudice or hope of advantage.

The case law, as it has developed in Canada by the Supreme Court of Canada, has clearly recognized the reality of some interrogations and the reality of the frailties of some accused. It has included, as it does in England, the concept of oppressive circumstances as being an essential component in determining whether a statement is voluntary.

The Supreme Court of Canada has gone further. Rather than being only concerned with the reliability or truthfulness of the confession, the court is concerned by the circumstances under which it was taken. If we go back to a particular view of confessions—that not all juries held even 30 years ago—that the only issue is reliability and truthfulness, we can then justify clause 62's exceptions. The theory is, I think, that spontaneous utterances are obviously reliable and true, thus we need not exclude them no matter how they were obtained.

Psychologically, it is unsound to say that spontaneous utterances are any more reliable than those which are thought out. Similarly, the test for voluntariness has wisely, I think, been broadened to include the consideration of what circumstances existed at the time the declaration was made. If we are not only concerned about a psychologically outmoded notion of what makes a statement truthful or reliable, and if we are indeed concerned about the circumstances under which a statement is made or taken, then the hearing of voluntariness is essential and the definition of "voluntary" has to be at least as broad as that which is enunciated and which has evolved in the Supreme Court of Canada.

[Traduction]

ne seraient pas limitées à quelques brèves remarques ou déclarations. On pourrait soutenir que des déclarations écrites entières sont en fait spontanées en vertu de cet article.

Le sénateur Frith: Le voir-dire sert en fait à déterminer si la déclaration est spontanée?

Mlle Edwardh: Oui.

Le sénateur Frith: Même dans ces cas, on pourrait certainement mettre en doute le caractère spontanée de la déclaration et la juger irrecevable parce qu'il n'est pas interdit d'en vérifier la spontanéité; il n'est pas obligatoire de tenir un voir-dire pour prouver qu'elle est spontanée, n'est-ce pas?

Mlle Martin: Non, elle est exemptée de la vérification de sa spontanéité.

Mlle Edwardh: En vertu de l'article 64.

Mlle Martin: L'article 64 exempté la personne qui invoque cette déclaration de l'obligation d'en prouver la spontanéité.

Je pense qu'il y a eu régression. Les autres articles traitent évidemment de cela. La définition de «déclaration spontanée» donnée à l'article 63 est plutôt dépassée. Elle remonte à une décision de la Cour suprême du Canada appelée *Abraham*, dans laquelle il était dit qu'une déclaration est spontanée si elle n'a pas été faite dans la crainte d'un préjudice ni dans l'espoir d'en obtenir un avantage.

La jurisprudence, telle qu'elle a été établie au pays par la Cour suprême du Canada, reconnaît clairement la réalité de certaines interrogations et les faiblesses de certains inculpés. Elle comporte, comme c'est le cas en Angleterre, la notion selon laquelle, pour déterminer si une déclaration est spontanée, il est essentiel de vérifier si les circonstances s'y rapportant étaient oppressives.

La Cour suprême du Canada est allée plus loin. Au lieu de ne tenir compte que de la fiabilité ou de la véracité des aveux, le tribunal analyse les circonstances dans lesquelles ils ont été donnés. Si l'on revient à une conception particulière des aveux—que tous les jurys n'avaient pas, même il y a trente ans—selon laquelle seules leur fiabilité et leur véracité importent, on peut justifier les exceptions figurant à l'article 62. Je crois que cela part de la théorie voulant que les remarques spontanées soient manifestement fiables et véridiques et qu'il ne soit donc pas nécessaire de les considérer comme irrecevables, quelle que soit la façon dont elles ont été obtenues.

Psychologiquement, il est dangereux de dire que les réflexions spontanées sont plus fiables que celles qui sont réfléchies. De la même façon, la vérification de la spontanéité a été élargie, avec sagesse je pense, pour prendre en considération les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. Si nous nous inquiétons non seulement du caractère dépassé de la conception psychologique de ce qui rend une déclaration véridique ou fiable, et que nous nous inquiétons en fait des circonstances dans lesquelles une déclaration est donnée, il est essentiel de vérifier le caractère spontané des déclarations et de rendre la définition de «déclaration spontanée» au moins aussi vaste que celle qui est énoncée et qui a été établie par la Cour suprême du Canada.

[Text]

At the moment, the young offenders legislation is not yet law. Both when a voir dire is required pursuant to section 64, and in the cases where a voir dire is not required in the test of the voluntariness, which are set out under section 62, the statement of an accused, spontaneously uttered or otherwise, would go into evidence if the trier of fact were satisfied that that accused had not been threatened or promised anything. Suppose that we have a 16-year-old, mentally-retarded youth, having been held in custody for 14 hours without benefit of counsel or parents—and there are reported cases dealing with the sort of facts I am setting out for honourable senators—and suppose that accused is questioned by teams of experienced interrogators and spontaneously utters something in response to a grisly photograph, which would bring him into the exception, or merely finally says, “I’ll sign, I’ll sign, I’ll sign.” Those circumstances would not be considered—the statement would go into evidence—if, as I have said, the trier of fact were satisfied that the retarded 16-year-old youth, after 14 hours of interrogation, had not been threatened or promised anything.

I do not think that the administration of justice and the need to convict the guilty requires or benefits from such a rule. We have an interest not only in crime control but in the administration of justice in a broad sense. The many wise jurists who would, under the present law, exclude such a statement as I have described have a collective wisdom that is not reflected by this rule. Mr. Justice Kaufman, in the fine book he wrote on the subject of confession—based not only upon his academic skills but upon years as a jurist—was particularly concerned about oppressive circumstance, and quite rightly so. I think that none of us would condone or support a situation such as the one I have described, which is quite a possible one.

A similar situation arose in the Horvath case, an important decision in the Supreme Court of Canada, where the young man was hypnotized by an extremely skillful interrogator after many hours of questioning. The court had no hesitation in saying that, despite the fact that there had been no threats of violence and that no promises had been held out to that young man, his statement could not be seen as being admissible.

The bill, as it stands, does not recognize or reflect those important considerations. It has gone one step further. It has separately defined the concept of operating mind, or the idea that an operating mind must be behind the words of the person making the declaration. Traditionally, as the rule has evolved, that has been part of the circumstances that the trier of fact must consider in finding voluntariness. That is, where an accused was intoxicated, under the influence of drugs or mentally ill, it is necessary and important that that determination be part of the overall consideration of whether the statement was voluntary in a broad sense.

[Traduction]

Actuellement, la législation relative aux jeunes contrevenants n’a pas encore force de loi. Tant lorsqu’un voir-dire est obligatoire en vertu de l’article 64 que dans les cas où il n’est pas nécessaire pour prouver le caractère spontané d’une déclaration, cas qui sont énoncés à l’article 62, la déclaration d’un inculpé, qu’elle soit spontanée ou autre, serait recevable en preuve si le juge des faits pouvait s’assurer que l’inculpé n’a pas été menacé et qu’on ne lui a rien promis. Supposons qu’il s’agisse d’un jeune déficient mental de 16 ans qui a été détenu pendant 14 heures sans avoir pu parler à son avocat ni à ses parents—et il existe effectivement des cas du genre de ceux que je décris aux sénateurs—et supposons que cet inculpé soit interrogé par des équipes expérimentées et qu’il dise spontanément quelque chose en réaction à une photographie impressionnante, ce qui ferait entrer son cas dans la catégorie des exceptions, ou qu’il dise finalement «Je vais signer, je vais signer, je vais signer». On ne tiendrait aucun compte des circonstances—la déclaration serait recevable en preuve—si, comme je l’ai déjà dit, le juge des faits est certain que le jeune déficient mental de 16 ans, après 14 heures d’interrogatoire, n’a pas été menacé ou qu’on ne lui a fait aucune promesse pour obtenir sa déclaration.

Je ne pense pas que l’administration de la justice et la nécessité de condamner les coupables exigent une telle règle, ni qu’elles en bénéficient. Nous nous intéressons non seulement à la répression du crime, mais aussi à l’administration de la justice au sens large. Les nombreux juristes avisés qui, en vertu de la loi actuelle, tiendraient pour irrecevables les déclarations du genre que je viens de décrire, ont une sagesse collective que cette règle ne reflète pas. Dans l’excellent livre qu’il a écrit sur les aveux—et qui repose non seulement sur ses connaissances, mais également sur sa longue expérience en tant que juriste—le juge Kaufman en particulier, et à juste titre, de la question des circonstances oppressives. Je pense que personne ici n’approuverait une situation comme celle que je viens de décrire, et qui est pourtant très plausible.

Il est arrivé quelque chose d’analogue dans l’affaire Horvath, qui a donné lieu à une décision importante de la Cour suprême du Canada. Le jeune homme inculpé a été hypnotisé par un interrogateur extrêmement compétent après de nombreuses heures d’interrogatoire. Sans aucune hésitation, le tribunal a déclaré que malgré le fait qu’il n’y avait eu ni menace de violence, ni promesse, les déclarations du jeune homme ne pouvaient être recevables.

Tel quel, le projet de loi ne tient aucun compte de ces importants aspects de la question. Il va même un pas plus loin. On y définit séparément la notion de facultés mentales intactes, c’est-à-dire la notion selon laquelle la personne faisant une déclaration doit avoir des facultés mentales intactes. Traditionnellement, la règle a évolué de telle sorte que cela faisait partie des circonstances dont le juge des faits devait tenir compte pour déterminer le caractère spontané d’une déclaration. Cela veut dire que lorsqu’un inculpé est intoxiqué, ou qu’il est sous l’influence de drogues, ou victime d’une maladie mentale, il est nécessaire et important d’en tenir compte lorsqu’on détermine si une déclaration est spontanée, au sens large du terme.

[Text]

Senator Lapointe: Is there not another clause of the bill dealing with surrounding circumstances?

Miss Martin: No.

Senator Lapointe: Do you not think that section 24 of the Charter of Rights prevents anything like unacceptable police treatment and so forth?

Miss Martin: We have included in our brief to honourable senators a paper on the Charter of Rights. I do not think there is any doubt at all that, even if the bill goes forward in some form, there will have to be even further amendments made to it to have it conform to the Charter.

The concern I have in relying on section 24 of the Charter is this: We are creating litigation that is, perhaps, unnecessary. The rule as it stands with regard to confession, which is well-known and well understood by judges, prosecutors, defence counsel and police officers, is that the statement must have been voluntary in a broad sense and that the surrounding circumstances under which it was taken must not have been oppressive. If the two tests are separated such that there is a narrow test under the Evidence Act and an obligation to raise the Charter if the circumstances were oppressive, the issues would be multiplied; litigation would be created, and the burden, of course, is on the proponent of the Charter to make the objection.

Miss Edwardh: Perhaps I could pick up one point of clarification respecting what I think was a very important question.

I do not think that the Charter helps in the situation, because in order to get yourself into section 24 of the Charter, the first thing you have to establish before the court is that there has been an infringement of a particular section of the Charter. Suppose that you have a retarded 16-year-old who is asked a lot of questions. Suppose that, when asked whether he wants a lawyer, he says no, not even knowing what a lawyer is. By asking that question, the police have discharged their obligation under the Constitution. I would be hard pressed, therefore, even if I were a trial judge who wanted to help, to get somebody into section 24 and to give him a remedy if he could not establish, on a balance of probabilities, a real infringement of one of the provisions of the Charter.

What we are talking about is a more broadly based but rarely exercised discretion, when this rule of holding out some promise or some threat is not broad enough to deal with circumstances where a young person is subjected to interrogation and is, in effect, hypnotized, or when there are other circumstances of oppression that do not violate the Charter. In making this objection to the definition, we are 20 years ahead of it.

Senator Frith: Do you mean that section 24 is absolutely out of the question? In your example, could it not be argued that constructively the police did not perform their duties under section 24 because there was no communication? Could you not argue the whole question of construction consent, agreement and so on? Surely you could argue that?

[Traduction]

Le sénateur Lapointe: N'y a-t-il pas dans le projet de loi d'autres dispositions portant sur les circonstances dans lesquelles les déclarations sont faites?

Mlle Martin: Non.

Le sénateur Lapointe: Ne croyez-vous pas que l'article 24 de la Charte des droits empêche des choses comme toute forme de traitement inacceptable imposée par des policiers?

Mlle Martin: Nous avons inclus, dans le mémoire que nous avons adressé aux honorables sénateurs, un chapitre sur la Charte des droits. Je crois que de toute évidence, si le projet de loi est adopté, il faudra y apporter d'autres modifications pour qu'il respecte les dispositions de la Charte des droits.

Laissez-moi vous expliquer pourquoi j'hésiterais à invoquer l'article 24 de la Charte des droits. Nous créons peut-être inutilement un litige. La règle actuelle régissant les aveux, qui est bien connue et bien comprise des juges, des procureurs de la Couronne, des avocats de la défense et des policiers, prévoit que la déclaration doit avoir été spontanée, au sens large du terme, et que les circonstances dans lesquelles elle a été faite ne doivent pas avoir été oppressives. Si, après avoir tenu compte de ces deux critères et de la Loi sur la preuve, on juge bon d'invoquer la Charte, les problèmes seraient multipliés; il y aurait litige, et le fardeau reviendrait évidemment à celui qui invoque la Charte pour s'opposer à la recevabilité de la déclaration.

Mlle Edwardh: J'aimerais apporter quelques précisions sur ce que je crois être une question très importante.

Je ne crois pas que la Charte vous soit utile dans ce contexte parce que si vous voulez en invoquer l'article 24, vous devez prouver devant le tribunal qu'il y a eu atteinte aux droits garantis par un article précis de la Charte. Prenons par exemple le jeune déficient mental de 16 ans à qui on pose de nombreuses questions. Supposons que lorsqu'on lui demande s'il veut un avocat, il répond par la négative, ne sachant même pas ce qu'est un avocat. En lui posant cette question, les policiers ont fait leur devoir aux termes de la Constitution. J'aurais donc beaucoup de difficulté, même si j'étais un juge de première instance qui désire aider le jeune inculpé, à permettre à quelqu'un d'invoquer l'article 24 et à lui accorder un recours s'il ne pouvait établir selon toute vraisemblance qu'il y a vraiment eu atteinte aux droits garantis par une des dispositions de la Charte.

Nous parlons d'un pouvoir discrétionnaire plus vague mais rarement employé, quand cette règle relative aux promesses ou aux menaces ne peut être appliquée à toutes les circonstances où un jeune est interrogé et, de fait, hypnotisé, ni à d'autres circonstances oppressives qui ne violent pas la Charte des droits. En nous opposant à la définition, nous sommes en avance de vingt ans.

Le sénateur Frith: Dites-vous qu'il est absolument impossible d'invoquer l'article 24? Dans votre exemple, ne pourrait-on pas dire d'une manière constructive que les policiers n'ont pas accompli le devoir qui leur incombe aux termes de l'article 24 parce qu'il n'y a pas eu communication? Ne pourriez-vous pas mettre en doute toute la question du consentement, de l'accord

[Text]

Miss Edwardh: I could construct certain factual situations where I would have a peg to hang a hat on with respect to the Charter. For instance, in the circumstances of a retarded 16-year-old, it could be argued that there was a duty on the police to go three steps farther than they would with an ordinary accused. We do not know what the courts will say about that yet, so it is up in the air.

Let us suppose, for instance, that we have circumstances of equal oppression but cannot find a particular infringement of the Charter. We still have resided in the office of the judiciary a narrow but nonetheless real supervisory role over the interrogation process, whereby the judiciary has, over the last 20 years, implicitly given some guidance to the police by refusing to admit confessions obtained under oppressive circumstances. They have said, "We won't even admit them if you can stand up here and assure us that no threats were made and no promises were held out. We don't like the interrogation's style—the number of hours, the absence of food—we do not like that; we will not let that kind of evidence go in." I could not find a constitutional peg on which to hang that hat. What is needed is this rule that has some historic flexibility but is not often used.

I think it is fair to say that, by and large, most confessions that are tendered in courts of law are admitted. Indeed, I just spent a year in the United States looking at the American Constitution. Even with the Miranda rules that were propagated in the American Supreme Court in the 1960s, neither the rate of confession nor the number of confessions that were admitted in criminal trials were altered, which was an astounding finding for me. I do not expect that a broader discretion, with some flexibility to the court to have this limited but nonetheless real supervisory role, will hinder the administration of justice at all. I think that in the long run it enhances the responsibility of law enforcement agencies to the public and to the courts.

Senator Lapointe: You do not consider section 69(1) clear enough?

The Chairman: Is that of the proposed bill?

Miss Martin: Section 69(1) is the section I referred to as considering the "operating mind" concept. The language used, that it is not his statement, would to a lawyer bring to mind a rule called *non es factum*; "these are not his words." We do not know how the courts will interpret that. We know they have in the past. We do not know how they would interpret section 69(1). If they went to the available case law in regard to *non es factum*, that means you have no mind at all; not merely that one is confused and troubled and not thinking clearly, but has no mind at all. It is potentially a very narrow definition: so intoxicated as to be a baffling idiot, or so mentally ill as to be utterly incoherent.

[Traduction]

et ainsi de suite? Ne pourriez-vous pas vous y opposer de cette façon?

Mlle Edwardh: Je pourrais penser à certaines situations détaillées qui me permettraient d'invoquer des dispositions de la Charte des droits. Par exemple, pour ce qui est d'un jeune déficient mental de 16 ans, on pourrait dire que c'était le devoir des policiers d'aller plus loin que s'il s'était agi d'un inculpé ordinaire. Nous ne savons pas ce que les tribunaux diraient à ce sujet; rien n'est vraiment certain.

Supposons, par exemple, qu'il y ait eu oppression mais que nous ne puissions pas vraiment prouver qu'il y a eu violation des droits accordés par la Charte des droits. La magistrature jouit toujours d'un rôle de surveillance, quoiqu'il soit plutôt limité, à l'égard du processus d'interrogation; elle a, au cours des 20 dernières années, guidé de façon implicite les policiers en refusant d'accepter des aveux obtenus dans des circonstances oppressives. La magistrature a dit: «Nous ne les accepterons pas même si vous témoignez devant nous pour nous assurer qu'il n'y a eu ni menaces ni promesses. Nous n'aimons pas ce type d'interrogation—le nombre d'heures, le jeûne forcé—nous n'aimons pas ces méthodes; nous n'accepterons pas ce type de preuve.» Mais la Loi constitutionnelle ne prévoit pas de disposition en ce sens. Nous avons donc besoin de faire appel à cette règle qui a une certaine souplesse historique mais qu'on emploie rarement.

Je crois qu'il est juste de dire que dans l'ensemble, la plupart des aveux qui sont présentés devant les tribunaux sont acceptés. De fait, je viens de passer un an aux États-Unis pour étudier la Constitution américaine. Même avec la décision rendue dans l'affaire Miranda et dont s'est largement servi la Cour suprême des États-Unis au cours des années 1960, le taux et le nombre d'aveux qui ont été acceptés par les tribunaux n'ont pas changé, fait que j'ai trouvé fort étonnant. Je ne crois pas qu'un plus grand pouvoir discrétionnaire, assorti d'une certaine souplesse permettant aux tribunaux qui le désirent d'exercer ce rôle de surveillance limité, nuira à l'administration de la justice. Je crois qu'à la longue, il améliorera la responsabilité des organismes chargés de l'application de la loi envers le public et les tribunaux.

Le sénateur Lapointe: Vous ne croyez pas que le paragraphe 69(1) est assez clair?

Mme le président: Parlez-vous du projet de loi?

Mlle Martin: Le paragraphe 69(1) est l'article dont j'ai parlé et qui mentionne que l'inculpé doit être sain d'esprit. L'avocat qui prétendrait que ce n'est pas la déclaration de son client ferait intervenir la règle dite *non es factum*; ce ne sont pas ces mots. Nous ne savons pas comment les tribunaux interpréteraient cette déclaration. Nous savons ce qu'ils ont fait par le passé. Nous ne savons pas comment ils interpréteraient le paragraphe 69(1). S'ils consultaient la jurisprudence à cet égard, ils verraient que cela veut dire que l'inculpé n'est pas intelligent du tout, non pas qu'il est confus ou perturbé ou qu'il ne pense pas tout à fait clairement, mais qu'il n'est pas sain d'esprit. C'est une définition très étroite: l'accusé peut être intoxiqué au point d'être un parfait idiot ou encore, ce peut

[Text]

Miss Edwardh raised a good point, I think, by looking at the American experience, and that is to look at our own experience. There is absolutely no evidence at all that the courts or the prosecutors are having difficulty at present in proving cases against accused persons, or difficulty in introducing confessions in evidence. If there were a crying need to reform the law with respect to confessions—in other words, if terribly guilty persons who had openly confessed were finding technical reasons to keep their confessions out and were thus being acquitted, which is the spectre we often hear about, the American TV spectre of the terribly guilty person who did not get the Miranda warning and gets off scot-free—if that existed in Canada, if that were a problem, then a restatement of the law of confession and a rethinking of the law would be wise and important.

Senator Lapointe: You mean it does not exist?

Miss Martin: It does not exist.

Senator Lapointe: At all?

Miss Martin: No. I would, as a defence counsel, be prepared to say unequivocally that does not mean that somewhere in this great land of ours some judge has not excluded a confession that he should not have, or that there are prosecutors unhappy about decisions made by various judges at different times. Of course that is true. There are many defence counsel equally unhappy about various decisions of various judges on confessions. What is true is that the conviction rate in Ontario of persons charged with criminal offences is approaching 90 per cent. That would include trial and guilty pleas. It is true that most confessions are admitted into evidence after the hearing of a voir dire. However, the law as now constituted is flexible enough, and has the underpinnings of a lot of tradition, that the extraordinary cases Miss Edwardh and I have been talking about result in those unusual confessions not being admitted.

Miss Edwardh: May I also add one point to what Miss Martin has just said, for clarification? It is wrong to assume that all trials end up in lengthy, time-consuming and costly voir dire. In many cases those voir dires are in fact waived. You want your client's statement in front of the jury. All the statements are not incriminating. You want their explanation. You are building self-defence; you want the jury to know that they said that the first time they were interviewed by the police. We are suggesting that whenever counsel wants a voir dire there ought to be a voir dire. Responsible counsel waive them, because they do not want to spend any more time in the courtroom than they have to; they want to narrow the issues. I think we are talking about the categories of cases where the

[Traduction]

être un malade mental dans un état tel qu'il n'est pas du tout cohérent.

Je crois que M^{lle} Edwardh a soulevé un point intéressant en mentionnant l'expérience américaine; nous devons étudier notre propre situation. Il n'y a absolument rien qui indique qu'actuellement, les tribunaux ou les procureurs aient de la difficulté à prouver la culpabilité d'accusés ou à se servir d'aveux comme preuve. S'il y avait un besoin évident de réviser la loi en ce qui a trait aux aveux—en d'autres mots, si des personnes coupables qui avaient librement admis leur culpabilité découvriraient des moyens techniques d'empêcher l'emploi de ces aveux comme éléments de preuve et qu'elles fussent acquittées—ce contre quoi on nous met très souvent en garde en évoquant cette image que nous présentent les réseaux de télévision américains de la personne coupable qui n'a pas reçu sa mise en garde du type Miranda et qui est libérée—si cela existait au Canada, si c'était un problème, alors, il serait sage de reformuler la loi sur les aveux et de repenser toute la question.

Le sénateur Lapointe: Voulez-vous dire que cette menace n'existe pas?

Mlle Martin: C'est exact.

Le sénateur Lapointe: Pas du tout?

Mlle Martin: Non. Comme avocat de la défense, je serais prête à dire sans équivoque que cela ne veut pas dire que quelque part dans notre vaste pays, il soit impossible qu'un juge ait exclu un des aveux comme élément de preuve alors qu'il n'aurait pas dû le faire, ou qu'il n'existe pas de procureurs qui ne soient pas satisfaits de décisions rendues par divers juges à diverses périodes. C'est tout à fait possible. Bon nombre d'avocats de la défense sont tout aussi mécontents de diverses décisions rendues par divers juges face à certains aveux. Ce qui est vrai, c'est qu'en Ontario, le taux de condamnation de personnes accusées d'actes criminels est de près de 90 p. 100. Cela comprendrait les personnes qui ont eu un procès et celles qui ont plaidé coupable. Il est vrai que la plupart des aveux sont acceptés comme éléments de preuve une fois qu'on tient un voir-dire. Toutefois, la loi actuelle est assez souple, et est largement fondée sur la tradition; ainsi, les cas extraordinaires dont M^{lle} Edwardh et moi-même avons parlé ont été caractérisés par le fait que ces aveux n'ont pas été acceptés comme éléments de preuve.

Mlle Edwardh: J'aimerais ajouter quelques mots aux propos de M^{lle} Martin vient de tenir, simplement pour clarifier les choses. On a tort de supposer que tous les procès deviennent des voir-dire longs et coûteux. Dans nombre de cas, on renonce à ces voir-dire. Vous désirez que la déclaration de votre client soit entendue par le jury. Toutes les déclarations ne sont pas compromettantes. Vous voulez une explication. Vous désirez plaider la légitime défense; vous voulez que le jury sache ce que votre client a dit la première fois qu'il a été interrogé par la police. Nous suggérons que lorsque l'avocat désire qu'un voir-dire soit tenu, il devrait être accédé à sa demande. Les avocats responsables y renoncent parce qu'ils ne veulent pas passer plus de temps au tribunal qu'il n'est vraiment néces-

[Text]

exceptions are unwarranted and the trial judge needs the discretion that has historically reposed in him.

The Chairman: May I interrupt for a moment? I know that Senator Nurgitz had a question about five minutes ago. Do you still remember it, Senator Nurgitz?

Senator Godfrey: I also have a question, Madam Chairman.

Senator Nurgitz: I am really embarrassed, because the witnesses did not realize that I cannot remember anything for a long time. All my colleagues know that.

The Chairman: We have covered a number of subjects.

Senator Nurgitz: I was wondering whether you are not articulating the whole question of fairness and clearness of issues in trials that get lost when you lose the voir dire, rather than confusing the jury with all these side issues. You have not touched on that. I would think an accused would get a fairer trial if that could be a side issue not in front of the jury. Would it not be better? I guess it is a strategy. It allows you, for instance, in a voir dire to go a little further afield in examining the voluntariness of the statement, which you would not do in front of the jury.

Miss Edwardh: I think that is a very important fact. There are times when, quite frankly, as counsel if I had some information that there was some improprieties, I would be prepared to raise that in front of a judge with no hesitation, trusting to his neutrality. There are other times when you know that you are faced with a jury who do not want to hear that. This severing of the issues is very important. If you lose the voir dire you know the statement is in; you deal with it as though it is in. You do not re-try whether the police hit your client. Often you just forget it; you accept the statement. You are right that the severing of those issues narrows the issues before the real trier of fact, which is the jury. That is a very important consideration.

Senator Godfrey: I must confess to a state of confusion. Probably it has already been explained. Under section 62, are they new rules? Are those brand new rules?

Miss Edwardh: Let me try to summarize it.

Senator Godfrey: What you are saying is that they are brand new rules and should be subject to a voir dire. Or do you object to the rule?

Miss Edwardh: I object to two things. One is that the section states when a voir dire is to be held, and then it articulates the test to be applied on the voir dire. Our position is that they have re-defined the test. We left that test, as I said, 20 years ago when the court began to develop a limited supervisory jurisdiction over the police. Leaving behind the

[Traduction]

saire; ils veulent s'en tenir au point crucial de l'affaire. Je crois que nous parlons des catégories d'affaires où les exceptions ne sont pas justifiées et où le juge a besoin de se servir du pouvoir discrétionnaire qu'on lui a accordé historiquement.

Le président: Puis-je vous interrompre un instant? Je sais que le sénateur Nurgitz voulait poser une question il y a environ cinq minutes. Vous en souvenez-vous, sénateur Nurgitz?

Le sénateur Godfrey: J'ai aussi une question à poser, madame le président.

Le sénateur Nurgitz: Je suis un peu gêné, parce que le témoin ne sait pas vraiment que j'ai de la difficulté à me rappeler des choses après quelques minutes. Tous mes collègues le savent.

Le président: Nous avons abordé toutes sortes de questions.

Le sénateur Nurgitz: Je me demande si vous n'abordez pas en quelque sorte toute la question de la justesse et de la clarté des questions soulevées lors des procès qui sont perdus parce que vous avez perdu le voir-dire; vous vous opposez donc à ce que certains font lorsqu'ils essaient de semer la confusion chez le jury en soulevant des questions connexes. Vous n'avez pas abordé cet aspect. Je pense qu'un accusé aurait un procès plus juste si cette question n'était pas abordée devant le jury. Ne serait-ce pas préférable? Je suppose que c'est une question de stratégie. Cela vous permet, par exemple, lors d'un voir-dire, de vous écarter un peu plus et d'examiner la spontanéité de la déclaration, ce que vous ne pourriez pas faire devant le jury.

Mlle Edwardh: Je crois que c'est un point très important. Parfois, honnêtement, à titre d'avocate, si j'avais certains renseignements qui indiqueraient certaines impropriétés, je serais prête à soulever la question devant le juge sans hésitation, m'en remettant à son impartialité. Il y a d'autres fois où vous savez que le jury ne veut pas entendre de choses du genre. Ce «tri» est très important. Si vous perdez le voir-dire, vous savez que la déclaration sera acceptée comme élément de preuve; vous agissez comme si elle était déjà acceptée. Vous n'essayez pas de prouver à nouveau que la police a frappé votre client. Très souvent, vous l'oubliez simplement; vous acceptez la déclaration. Vous avez raison de dire que le tri de ces questions limite le nombre d'entre elles qui peut être soulevé devant le juge des faits, soit le jury. C'est un élément très important.

Le sénateur Godfrey: Je dois avouer être confus. On m'a probablement déjà expliqué ce que je ne comprends pas. Propose-t-on un nouveau règlement à l'article 62?

Mlle Edwardh: Je vais essayer de résumer la situation.

Le sénateur Godfrey: Vous dites donc qu'il s'agit de nouvelles règles et qu'elles devraient faire l'objet d'un voir-dire. Ou vous opposez-vous simplement à la règle?

Mlle Edwardh: Je m'oppose à deux choses. Tout d'abord, l'article précise dans quelles circonstances il y aura voir-dire et quelle méthode utiliser pour le tenir. Notre position est que des rédacteurs du projet de loi ont reféfini la méthode à utiliser. Nous avons abandonné cette méthode il y a 20 ans quand le tribunal a commencé à exercer une surveillance limitée sur les

[Text]

narrow test whether they actually held out a promise or actually threatened was the first thing. That test is not good enough. They have adopted that. But then they take this whole series of exceptions, which do not represent the existing law. These exceptions are very much tied to Dean Wigmore's notion of what is reliable and what is not reliable, but it has never been part of the common law and the law of evidence in this country. They adopt them *holus-bolus* as exceptions to the rule that there must be a *voir dire* to determine voluntariness, so all these statements are presumed to be voluntary and are *prima facie* admissible.

Senator Godfrey: What are you saying in all that? Are you against section 62, or do you want it subject to a *voir dire*? I should like an answer to my question, which you have not quite answered, if I may say so.

Miss Edwardh: I think as long as it is subject to a *voir dire* it meets the necessary threshold issue of admissibility. I think what we are really saying is something broader in relation to the whole act. We went through section by section and area by area and found ourselves saying "This is not a codification; this turns the law of evidence on its head." And it does it with the law of hearsay, with the law of confession; it does it again and again under the rubric of a codification. This rewrites 500 years of juristic experience.

Senator Godfrey: They never claimed that it was a pure codification.

Miss Edwardh: No, but my reading of this is that it does far more than one ought to do with an institution that is premised on a conservative, slow and historic development. We are not very good at big steps fast.

Senator Godfrey: Wigmore may be right and if he is right, why should we not decide that he is right—not just because the courts over the years have gone in another direction?

The Chairman: We are getting into an argument at the moment and I have asked for questions of clarification.

Senator Frith: For the sake of that argument, have not the department and the Attorney Gen taken the position that this is merely a codification? I never heard them say that, but perhaps they did. I have heard people say that it was not just a codification.

Senator Nurgitz: The Canadian Bar people argue that it is and the Justice Department argue that it is not.

Senator Frith: I am not going to argue about it. I just want to be sure. In other words, no one has decided that it is being advanced as, or that it purports to be simply a codification. Of course, that does not make your point any less valid.

The Chairman: If I recall correctly the opening remarks that were made before this committee by the minister and his

[Traduction]

activités de la police. On a abandonné cette méthode qui permettait de déterminer s'il y avait eu promesse ou menace. C'était mon premier point. Cette méthode n'est pas assez bonne, mais elle a été adoptée. Mais ils prennent toute cette série d'exceptions, qui ne reflètent pas la loi actuelle. Ces exceptions sont très étroitement liées à la notion de Dean Wigmore de ce qui est fiable et de ce qui ne l'est pas, mais cela n'a jamais fait partie de la common law ni du droit de la preuve dans ce pays. Ils les adoptent simplement comme des exceptions à la règle qui prévoit qu'il doit y avoir un *voir-dire* pour déterminer la spontanéité des déclarations; ainsi, toutes ces déclarations sont supposées être spontanées et sont donc admissibles comme preuves.

Le sénateur Godfrey: Qu'essayez-vous de dire? Vous opposez-vous à l'article 62, ou voulez-vous qu'il fasse l'objet d'un *voir-dire*? J'aimerais avoir réponse à ma question. Je dois dire que vous n'y avez pas vraiment répondu.

Mlle Edwardh: Je crois que tant qu'il fera l'objet d'un *voir-dire*, il répondra au critère de l'admissibilité. Je crois que nous parlons vraiment en termes plus généraux. Nous avons étudié le projet de loi article par article et secteur par secteur et nous nous sommes dit: «Ce n'est pas une codification. On met simplement à l'envers la loi sur la preuve.» Et on fait la même chose avec la loi sur le *oui-dire*, la loi sur l'aveu; et on le fait encore une fois sous le prétexte d'une codification. On écrit à nouveau 500 années de jurisprudence.

Le sénateur Godfrey: Ils n'ont jamais prétendu que c'était simplement une codification.

Mlle Edwardh: Non, mais selon moi, on fait beaucoup plus avec ce projet de loi qu'on ne devrait le faire avec une institution qui est fondée sur un développement historique, lent et traditionnel. Nous n'aimons pas tellement avancer rapidement.

Le sénateur Godfrey: Wigmore a peut-être raison; et le cas échéant, pourquoi ne devrions-nous pas le reconnaître, et non prétendre le contraire simplement parce que les tribunaux, au fil des ans, ont suivi une orientation différente.

Le président: On entreprend une autre étude et j'ai simplement demandé qu'on cherche à obtenir des éclaircissements.

Le sénateur Frith: Par exemple, le ministère et le bureau du Procureur général n'ont-ils pas dit qu'il s'agissait simplement d'une codification? Je ne les ai pas entendus dire cela, mais ils l'ont peut-être fait. J'ai par ailleurs entendu certaines personnes affirmer qu'il ne s'agissait pas simplement d'une codification.

Le sénateur Nurgitz: Les membres du Barreau canadien disent que c'est une codification, tandis que le ministère de la Justice prétend le contraire.

Le sénateur Frith: Je ne tiens pas à débattre de la question avec vous. Je veux simplement être certain. En d'autres mots, personne n'a décrété qu'il s'agissait simplement d'une codification. Évidemment, cela ne veut pas dire que le point que vous avez soulevé n'est pas valable.

Le président: Si je me souviens bien des déclarations faites ici par le Ministre et ses représentants, on a dit qu'il s'agissait

[Text]

officials, there was a statement to the effect that it was a collation of existing law of evidence, although I believe there was a further statement that some corrections had been made where there were obvious requirements that the present law should be changed. There seemed to be a very narrow definition at that time. You are quite right, senator. We have heard both versions at the moment, and we have yet to hear what a code really is.

Senator Frith: The committee has not decided that it is a codification?

The Chairman: No, we have not. No one has.

Senator Donahoe: In my opinion a code is a rewriting of the existing law. It is setting out the law as it now stands. The question is, have they written out the existing law or have they written a new law? That is really what it amounts to. So far as I am concerned, from all the arguments I have heard advanced, in many cases they have rewritten the law. They have written new law and therefore it fails the test of codification.

Senator Frith: They have never said that it was simply a codification.

Senator Donahoe: I don't care what they call it. If they have rewritten the law, I want to know if they have done it properly, or whether they have taken into consideration the heritage of the courts over the years. Or has someone simply sat down and said "This is the way I would like the law to be", or "this is the way I think the law ought to be". That person is bound by the judges, so far as I am concerned.

Miss Martin: There is an important point in terms of "Does it matter whether or not this is merely a statement of existing law?" Indeed the Minister of Justice has taken the position that by and large it is. Why that matters is that a codification and a statement of the existing law may not require the type of consultation and examination that new law must require. If this is merely a collation of the law as it exists, the need for broad consultation is less, or arguably less. If indeed this is, in many areas, brand new law and turning the old law on its head, it is our view that there must be very careful consideration; and you cannot merely bring it forth under the guise of perhaps being merely a restatement of the law, or fail to consider how much input trial lawyers should have, or judges should have, or prosecutors in the courts should have, as compared with the attorneys general. There is no question that to date there has been no consultation, and in our view there is no question that this is new law; and the only reason it matters whether or not someone is putting it forward as a code is that there has not been that consultation.

Senator Bosa: Madam Chairman, I was interested in the statement that was made by the witnesses in their opening remarks that they were never consulted on this particular bill. Did not the task force make its report in 1981 and was not their association in possession of a copy of that report?

Miss Martin: The entire legal community and the entire community of Canada was able to be in possession of the

[Traduction]

d'un recueil des lois actuelles sur la preuve, bien que je pense qu'il a été prétendu par la suite que certaines corrections avaient été apportées, lorsque la loi actuelle devait être modifiée. Il semblait y avoir une définition très étroite à ce moment-là. Vous avez bien raison, sénateur. Nous avons entendu à ce moment-là les deux versions, et personne ne nous a encore dit ce qu'est un code.

Le sénateur Frith: Le Comité n'a pas encore établi s'il s'agissait d'une codification?

Le président: Non, pas encore.

Le sénateur Donahoe: Selon moi, un code est la reformulation d'une loi en place. C'est une façon de décrire la loi telle qu'elle existe. La question est de déterminer s'ils ont écrit la loi actuelle ou s'ils ont formulé une autre loi. C'est vraiment ce qu'il faut faire. Personnellement, en me fondant sur tous les arguments que j'ai entendus, dans nombre de cas, ils ont réécrit la loi. Ils ont formulé une nouvelle loi; il ne s'agit donc pas d'une codification.

Le sénateur Frith: Ils n'ont jamais dit que c'était simplement une codification.

Le sénateur Donahoe: Peu importe comment ils appellent cela. S'ils ont réécrit la loi, je désire savoir s'ils l'ont fait de façon appropriée, ou s'ils ont tenu compte de la jurisprudence établie. Ou si quelqu'un s'est assis et a dit «C'est de cette façon que j'aimerais que la loi soit», ou «C'est ainsi que je crois que la loi devrait être». Selon moi, la jurisprudence établie doit être à tout prix respectée.

Mlle Martin: Il y a un aspect important quand on veut décider si c'est important qu'il s'agisse simplement d'une répétition de la loi actuelle. De fait, le ministre de la Justice a dit que dans l'ensemble, tel était le cas. La raison pour laquelle cela est important, c'est qu'une codification et une répétition de la loi actuelle ne nécessiteraient peut-être pas le même type de consultation et d'étude qu'une nouvelle loi. S'il s'agit simplement d'un collationnement du droit actuel, il se peut qu'une consultation générale soit moins nécessaire. Cependant, s'il s'agit de règles toutes nouvelles dans plusieurs domaines qui bouleversent complètement le droit actuel, nous pensons qu'il faut étudier le projet de loi de près. Vous ne pouvez pas présenter tout simplement cette loi en disant qu'il ne s'agit peut-être que d'une codification du droit actuel, sans vous demander jusqu'à quel point les avocats plaideurs, les juges ou les avocats de la poursuite devraient participer à sa rédaction, tout comme les procureurs généraux. Il ne fait aucun doute qu'il n'y a pas eu consultation jusqu'ici, et selon nous, il ne fait aucun doute non plus qu'il s'agit d'une loi totalement nouvelle. La seule raison pour laquelle il importe de savoir s'il s'agit ou non d'un code, c'est qu'il n'y a pas eu consultation.

Le sénateur Bosa: Madame le président, les témoins ont dit dans leur déclaration préliminaire, que leur organisme n'avait jamais été consulté au sujet de ce projet de loi. Pourtant, le groupe de travail n'a-t-il pas publié son rapport dès 1981, et l'Association n'en possédait-elle pas un exemplaire?

Mlle Martin: Tous les avocats canadiens, comme d'ailleurs tous les citoyens du pays, pouvaient se procurer le rapport, en

[Text]

report, in that it was published and one could purchase it. However, there was no consultation with the defence bar in terms of making that report.

Senator Bosa: But you are a provincial association. Is there a federal equivalent?

Miss Martin: No, there is not. There was no consultation with the Canadian Bar Association either.

Senator Nurgitz: Are you the largest criminal lawyers' association?

Miss Martin: We are the only group in Ontario that is specifically a criminal lawyers' association. There are about 600 members.

Senator Godfrey: Madam Chairman, I would like to ask the witnesses the same question asked by Senator Bosa. Have you read issue No. 52 of the committee proceedings dated April 21, 1983, in which answers were given to this committee by Mr. Tollefson of the Department of Justice? He was replying to the accusation made by the Canadian Bar Association that there had been no consultation. He pointed out that the process started in 1971 and that the report was issued in 1975. He says:

Following publication of the commission's report, the Department of Justice spent approximately one year conducting nation-wide consultations with the Bar and Bench. Mr. Kenneth Chase conducted 25 different consultation sessions lasting a day or two in centres across Canada. That was done in collaboration with the Canadian Bar Association.

Later on he refers to a letter that he wrote to the Canadian Bar Association in January, 1982, to which he did not receive a reply, inviting comments.

Miss Martin: I cannot assist you with regard to the Canadian Bar.

Senator Godfrey: But you made a statement that there was no consultation with the Canadian Bar Association.

Miss Martin: I must rely on what Mr. Manning has told me and this committee. I cannot refute the attorneys general if they say they did. I rely only on what Mr. Manning has said. With regard to the Criminal Lawyers' Association, I have spoken on two or three occasions which our President, Ron Thomas, who, if we return, would like to address this issue himself. He was the only Ontario defence counsel member at the uniformity conference. There is an interesting history to this piece of legislation, and I am not entirely equipped to deal with that. I should not be putting too many words into Mr. Thomas' mouth, but I think he himself would assert that consultation, as most of us here are able to understand it, did not occur, and I do not think it fair or appropriate to quibble about whether someone sent a letter to the Canadian Bar Association and whether they responded.

Senator Godfrey: That is not quibbling. You made the statement that no consultation was made to the Canadian Bar Association. I do not think that is quibbling.

[Traduction]

ce sens qu'il était publié et qu'on pouvait l'acheter. Cependant, il n'y a eu aucune consultation avec les avocats de la défense lors de sa préparation.

Le sénateur Bosa: Mais vous êtes une association provinciale. Avez-vous un équivalent fédéral?

Mlle Martin: Non. Mais il n'y a pas eu consultation non plus avec l'Association du barreau canadien.

Le sénateur Nurgitz: Votre association est-elle le plus important groupement d'avocats au criminel?

Mlle Martin: C'est la seule association ontarienne qui regroupe uniquement des avocats au criminel; elle compte environ 600 membres.

Le sénateur Godfrey: Madame le président, j'aimerais poser aux témoins la même question que le sénateur Bosa. Avez-vous lu dans le fascicule n° 52 des délibérations du Comité du 21 avril 1983, le témoignage de M. Tollefson, du ministère de la Justice? En réponse à une accusation de l'Association du barreau canadien, selon laquelle il n'y avait pas eu consultation, il a signalé que le processus a débuté en 1971 et que le rapport a été publié en 1975. Il a dit:

A la suite de la publication du rapport de la Commission, le ministère de la Justice a procédé à des consultations à l'échelle nationale avec le barreau et la magistrature pendant environ un an. M. Kenneth Chase a présidé 25 différentes séances de consultation d'une journée ou deux dans différents centres dans tout le Canada, et, en collaboration avec l'Association du barreau canadien.

Il a ensuite parlé d'une lettre qu'il a écrite en janvier 1982 à l'Association du barreau canadien pour lui demander ses observations, lettre à laquelle il n'a jamais reçu de réponse.

Mlle Martin: Je ne peux pas vous donner de précisions au sujet du Barreau canadien.

Le sénateur Godfrey: Mais vous avez dit qu'il n'y avait pas eu consultation avec l'Association du barreau canadien.

Mlle Martin: Je dois me fier à ce que M. Manning m'a dit et à ce qu'il a déclaré au Comité. Je ne peux pas contredire les procureurs généraux s'ils affirment qu'il y a eu consultation; je répète seulement ce que M. Manning m'a dit. Quant à la Criminal Lawyers' Association, j'ai discuté à deux ou trois reprises avec notre président, Ron Thomas, qui aimerait soulever cette question lui-même si nous avons l'occasion de revenir devant vous. Il était le seul avocat de la défense ontarien présent à la conférence d'uniformisation du droit. Ce projet de loi a une histoire intéressante, et je ne suis pas parfaitement qualifiée pour en parler. Je ne devrais pas m'avancer outre mesure pour M. Thomas, mais je pense que lui-même soutiendrait qu'il n'y a pas eu consultation, au sens où la plupart d'entre nous l'entendons, et je ne crois pas qu'il soit juste de discuter pour savoir si quelqu'un a envoyé une lettre à l'Association du barreau canadien, si celle-ci a répondu...

Le sénateur Godfrey: Il ne s'agit pas de discuter. Vous avez affirmé qu'il n'y a pas eu consultation avec l'Association du barreau canadien. Je ne pense pas que ce soit couper les cheveux en quatre.

[Text]

Miss Martin: As I said, I rely on what Mr. Manning has said. If Mr. Manning is incorrect, then I cannot assist you.

Miss Edwardh: Let me just take this one step further. It is true that the kind of consultation that is going on here today, where representatives of different groups can bring their specific interests forward and speak to people who have directed their minds to the specific topic, has not occurred for us. This is the first opportunity for us to address either a body such as yourselves or anybody who would listen to us. When we were given the opportunity we were present. We are not the Canadian Bar Association so we cannot speak for them. But with respect to our concerns, this is the first type of consultation that has been made available to us.

Senator Godfrey: I take exception to that statement as well. I am very interested in this procedure and feel that there should be all kinds of consultation. However, the initiative should not come only from the government. It must also come from the public. According to testimony given before this committee by Mr. Tollefson, as it is reported at page 52.7 of the proceedings of this committee on April 21, 1983:

—the Uniform Evidence Act was made available to the public as early as December 1981, and an unofficial copy of the act found its way into the hands of the Chairman of the Criminal Law Section of the Canadian Bar Association in November of that year.

Surely from there on it is up to the Criminal Law Section of the Canadian Bar Association to get in touch to indicate that it wants to make representations.

Miss Martin: I think it is important to remember that the report of that task force, much like many reports of the Law Reform Commission, was made available to the community and that it did not purport to be legislation and was not legislation. Indeed, there had been unofficial consultation with past ministers of justice who indicated that as far as legislative change was concerned the report of the task force on evidence was of very low priority. A volunteer organization such as the Criminal Lawyers' Association is perhaps being asked a great deal when it is asked to respond to a position paper that is not legislation and is not going to be legislation.

As recently as one year ago we had not been informed of the views of the task force on evidence. In fact, we were informed to the contrary, that there was not going to be legislation. Some marvellous material has come from the Law Reform Commission. But those lawyers who relied on that material from the Law Reform Commission were somewhat off-track.

Perhaps we should not complain as bitterly as we do about the lack of consultation, but I do not know whether it is fair to say, before something is even in the form of legislation, that the persons who are most affected by the prospective legislation must not only prepare a brief but also predict which of the many proposals that come out in the area of law reform might see the real courtroom.

Senator Bosa: Madam Chairman, I think they have won their case. Perhaps we should go on with the bill now.

[Traduction]

Mlle Martin: Je vous répète que je me fie à ce que M. Manning m'a dit. S'il s'est trompé, je ne peux rien pour vous.

Mlle Edwardh: J'aimerais aller un peu plus loin. Nous n'avons effectivement pas été consultés selon le processus en cours actuellement, où des représentants de divers groupes peuvent faire valoir leurs intérêts et parler à ceux qui se préoccupent de la question. C'est la première occasion que nous avons de nous adresser à un organisme comme le vôtre, ou à quiconque veut bien nous écouter. Chaque fois qu'on nous l'a permis, nous avons exprimé notre opinion. Nous ne représentons pas l'Association du barreau canadien, et nous ne pouvons donc pas parler en son nom. Cependant, en ce qui nous concerne, c'est la première fois qu'on nous consulte.

Le sénateur Godfrey: Je ne suis pas d'accord avec cette affirmation non plus. Je m'intéresse beaucoup à ce processus et je pense qu'il devrait y avoir toutes sortes de consultations. Cependant, l'initiative ne doit pas venir uniquement du gouvernement, mais aussi du public. Comme l'a dit M. Tollefson devant notre comité, le 21 avril 1983, à la page 52.7 des procès-verbaux de nos délibérations:

... la Loi uniforme sur la preuve a été rendue publique dès décembre 1981, et le président de la Section du droit pénal de l'Association du barreau canadien en a obtenu une copie non officielle en novembre de la même année.

Sûrement, à partir de ce moment-là, c'était à la Section du droit pénal de l'Association qu'il incombait du barreau canadien d'annoncer qu'elle avait des observations à faire.

Mlle Martin: Je pense qu'il est important de se rappeler que le rapport du groupe de travail, comme beaucoup de rapports de la Commission de réforme du droit, a été diffusé, dans le grand public; personne n'a prétendu qu'il s'agissait d'un projet de loi, et d'ailleurs, ce n'en était pas un. En fait, il y a eu des consultations officieuses avec d'anciens ministres de la Justice qui ont indiqué qu'en matière de changements législatifs, le rapport du groupe de travail sur la preuve n'avait absolument pas priorité. C'est peut-être beaucoup demander à une association bénévole comme la Criminal Lawyers Association que de la prier de répondre à un énoncé de principe qui n'est pas un projet de loi, et qui n'en deviendra pas un.

Il y a un an seulement, nous ne connaissions pas encore les intentions du groupe de travail sur la preuve. En fait, on nous avait au contraire laissé entendre qu'il n'y aurait pas de projet de loi. La Commission de réforme du droit a produit des documents exceptionnels. Cependant, les avocats qui s'y sont fiés n'étaient pas tout à fait sur la bonne voie.

Nous ne devrions peut-être pas nous plaindre aussi amèrement de l'absence de consultation, mais je ne pense pas qu'il soit juste de demander aux intéressés, avant même qu'un texte soit rédigé sous forme de projet de loi, non seulement de préparer un mémoire, mais également de prédire lesquelles, parmi les nombreuses propositions de réforme, pourront un jour être appliquées devant les tribunaux.

Le sénateur Bosa: Madame le président, je pense que les témoins ont bien exprimé leur opinion; nous pourrions peut-être passer maintenant au projet de loi lui-même.

[Text]

Senator Frith: I have not heard that a minister felt that this legislation was of low priority. Which minister of justice said that?

Miss Martin: I should say that it is purely scuttle-butt, to which lawyers are enormously prone.

Senator Godfrey: So you were relying on hearsay evidence.

Miss Martin: Yes, and it is secondhand so it is double hearsay.

The Chairman: Do you have any other points you would like to make?

Miss Martin: There are other points in the brief. Perhaps we should have some guidance from the committee as to whether we should go through any of the other points in detail or whether more general questions would be more helpful. For example, there is the section dealing with the accused's character, found on page 45 of the brief. This causes us very real concern. You will find that sections 24 and 25 constitute a serious change to the law as it now stands. If an accused person in any way puts his good character in issue by saying, for example, "I don't have a prior criminal record and I have worked for 15 years and I am a solid business person", and is charged with, say, fraud: Sections 24 and 25 together would permit the Crown to call, for example, expert testimony as to the individual's character. I hope that this will not happen because this individual, for example, might be met with expert testimony to the effect that he is a paedophile or a drunk. In other words, expert testimony of a kind that carries a great deal of weight with the jury. From this the jury could think that he is a nasty or bad character when all that he has done is relied on the fact that he is a man with no prior criminal record at all.

Furthermore, and perhaps even more dangerously, in an offence involving violence, if the accused wishes to call evidence to the effect that the man he punched or killed, if we are dealing with an assault or a homicide, was enormously violent and known to be of a violent nature and dangerous, the Crown is permitted to call evidence as to the bad character or the propensity of the accused. The propensity of a person to be a bad person has been rigorously excluded from the consideration at trial of the question; "Did you do the acts with which you are charged." It has been excluded for very good reason. The jury is in a difficult position when it is told that the individual is a bad person who has been known to do bad things, if that prejudice is not excluded from their minds as they attempt to conclude on the issue of whether or not the individual committed the act, whatever it may be. Sections 24 and 25 are very broad.

Senator Bosa: But do they not come into play only when the accused calls witnesses to testify as to his or her character?

Miss Martin: No. The section is broader than that. It states, "either calls evidence as to his character or puts his character in issue." The present law in this circumstance is that such a thing can occur inadvertently or directly and, again, we must

[Traduction]

Le sénateur Frith: Je n'ai jamais entendu un ministre dire que ce projet de loi n'avait pas priorité. Quel ministre de la Justice l'a dit?

Mlle Martin: Je dois dire qu'il s'agit purement et simplement d'une rumeur; vous savez que les avocats en sont très friands.

Le sénateur Godfrey: Vous vous fondez donc sur une preuve par ouï-dire!

Mlle Martin: Oui, et il s'agit en plus de ouï-dire cumulatif!

Le président: Avez-vous d'autres commentaires à faire?

Mlle Martin: Notre mémoire comprend d'autres observations. Le Comité désire-t-il que nous passions tous les autres points en revue en détail, ou que nous répondions à d'autres questions plus générales? Prenons par exemple le chapitre portant sur la preuve de moralité de l'inculpé, à la page de notre mémoire; cette question nous préoccupe beaucoup. Vous vous êtes sans doute rendu compte que les articles 24 et 25 du projet de loi modifient considérablement le droit actuel. Supposons qu'un inculpé, dans une affaire de fraude, invoque sa moralité en disant par exemple: «Je n'ai pas de casier judiciaire, je travaille depuis quinze ans et je suis un homme d'affaires sérieux.» Les articles 24 et 25 permettraient alors à la Couronne de demander le témoignage d'un expert pour déterminer la moralité de l'inculpé. J'espère que cela ne se produira jamais, parce que l'expert pourrait par exemple témoigner que l'inculpé est pédophile ou ivrogne. Ce témoignage pourrait influencer considérablement sur la décision du jury, qui pourrait en effet en conclure que l'inculpé a des mœurs douteuses, alors que celui-ci a tout simplement voulu insister sur le fait qu'il n'avait pas de casier judiciaire.

Par ailleurs, et c'est peut-être encore plus dangereux, si l'inculpé accusé d'un crime violent invitait quelqu'un à témoigner que la personne qu'il a battue ou tuée, s'il s'agit d'une agression ou d'un homicide, était réputée pour sa violence et était très dangereuse, la Couronne pourrait à son tour demander à quelqu'un de témoigner sur la moralité ou les prédispositions de l'inculpé. Or, les considérations sur la moralité d'une personne sont rigoureusement exclues lorsqu'il s'agit de déterminer si celle-ci a effectivement commis les actes dont elle est accusée. Il y a à cela une très bonne raison, c'est que le jury est dans une position très délicate si on lui a dit que l'inculpé est de mœurs douteuses et est réputée pour sa conduite répréhensible; il ne peut en effet faire abstraction de ce préjugé lorsqu'il tente de déterminer si l'inculpé a effectivement commis l'acte en cause, quel qu'il soit. Les articles 24 et 25 sont très généraux.

Le sénateur Bosa: Mais n'entrent-ils pas en vigueur seulement lorsque l'inculpé cite des personnes à témoigner de sa moralité?

Mlle Martin: Non. L'article est plus général que cela. Il dit que l'inculpé peut citer des personnes à témoigner de sa moralité ou simplement soulever la question. La loi actuelle reconnaît que cela peut se produire par inadvertance ou direc-

[Text]

seek guidance on this question as to what the courts will do with it.

However, section 23 in part is a restatement of the law as it exists. Section 24 as the law now stands, permits the accused to call evidence as to his character.

The Chairman: That is the present law?

Miss Martin: Yes. Section 24(2) requires the accused to give notice of his intention to do so.

The Chairman: Is that new?

Miss Martin: Very new.

Miss Edwardh: There is virtually no such thing known to the law today that in order to call a defence one has to give notice of one's witnesses. That is unknown in the criminal trial process.

Senator Godfrey: We did have some evidence from one criminal on the question of alibi. There is no law, but he said that the minute you know you are going to bring alibi evidence, you mention it voluntarily. It is the first thing you do, and yet this brief criticizes making that mandatory. If it is a smart thing to do, what is wrong with making it mandatory?

Miss Martin: The tactical decision about making, for example, an alibi known at the earliest opportunity is that no one can then suggest that you fabricated the alibi later on in the process, when you knew what the Crown's case was. That is a tactical decision. It does not in any way conflict with the important principle that the accused must never be forced to advance the prosecution against him.

The reason the accused does not need to disclose his defence in advance, does not need to give formal notice of the defence he wishes to raise, unless he so chooses, is in part embedded in the important rule of the presumption of innocence and the right to remain silent. As a trial develops, crown witnesses may be so terrible that you may never put your client on the stand, and that is his fundamental right. Similarly, giving the prosecution notice of the nature and style of your defence is, indeed, potentially assisting the Crown to demolish that defence and is taking the criminal trial and turning it into a civil dispute, an argument between two equal parties.

Senator Frith: In terms of putting forward the two extreme views, there is nothing in our tradition against having the two sides of the question put as strongly as possible. I thought that was the whole idea.

Miss Martin: Well, the issue is giving notice requiring—

Senator Frith: But that is more the "sporting theory of justice," the one that says that it is not sporting if you are able to pass the ball to someone who would otherwise be ineligible to receive it. That theory looks at the whole thing as a game.

Miss Martin: Our concern is more fundamental than that.

The Chairman: For clarification, when you were talking of the rules of admissibility you used a particular example of a

[Traduction]

tement, et encore une fois, il faudrait demander aux tribunaux ce qu'ils feraient dans ces conditions.

Cependant, l'article 23 reflète en partie les lois actuelles. L'article 24 du projet de loi permet à l'inculpé de chercher à établir sa moralité.

Le président: D'après la loi actuelle?

Mlle Martin: Oui. Selon le paragraphe 24(2), l'inculpé doit donner un préavis écrit de son intention de citer des témoins.

Le président: Est-ce nouveau?

Mlle Martin: Tout à fait.

Mlle Edwardh: Il est extrêmement rare, dans le droit actuel, que l'inculpé doive indiquer quels témoins il citera à comparaître pour sa défense. Ce processus est inconnu en matière criminelle.

Le sénateur Godfrey: Nous avons eu le témoignage d'un criminel sur la question de l'alibi. Il n'y a aucune loi à ce sujet, mais il a dit que dès que l'inculpé sait qu'il produira un alibi, il le mentionne de lui-même. C'est la première chose à faire, et pourtant vous vous opposez, dans votre mémoire, à ce que cela soit obligatoire. Si c'est la meilleure chose à faire, pourquoi ne pas la rendre obligatoire?

Mlle Martin: Si les inculpés font généralement connaître leur alibi le plus tôt possible, c'est pour que personne ne puisse ensuite prétendre qu'il l'ont fabriqué de toute pièce plus tard, une fois qu'ils connaissent les arguments de la Couronne. Il s'agit là d'une raison tactique, qui n'entre absolument pas en conflit avec le principe fondamental voulant que l'inculpé ne doit jamais être obligé de faciliter les poursuites contre lui.

La raison pour laquelle l'inculpé n'est pas tenu de dévoiler à l'avance son plan de défense, ni de donner un préavis officiel à ce sujet, est en partie reconnue par l'importante règle de la présomption d'innocence et du droit de garder le silence. Au moment du procès, les témoins de la Couronne peuvent parler tellement qu'il peut être impossible à l'avocat de la défense d'amener son client à la barre des témoins; c'est pourtant un droit fondamental. De même, en dévoilant à l'avance à la poursuite la nature et le style de sa défense, l'inculpé peut en fait aider la Couronne à réfuter cette défense; la procédure criminelle devient alors en fait un litige civil, où les deux parties sont sur un pied d'égalité.

Le sénateur Frith: Rien dans notre tradition n'empêche d'exprimer les deux côtés de la question aussi explicitement que possible, même s'il s'agit de deux extrêmes. Je pensais que c'était là l'intention du projet de loi.

Mlle Martin: Eh bien, la question du préavis...

Le sénateur Frith: Mais cela se rapproche davantage de la théorie de l'esprit sportif en matière judiciaire, qui dit que le jeu n'est pas très juste si l'on peut passer la balle à quelqu'un qui, autrement, ne pourrait pas le recevoir. Cette théorie considère tout le processus comme un jeu.

Mlle Martin: Notre inquiétude est beaucoup plus fondamentale.

Le président: J'aimerais avoir un petit éclaircissement. Lorsque vous parlez des règles de recevabilité, vous avez cité

[Text]

man charged with fraud perhaps having character evidence with regard to paedophilia, or something like that. However, you have not mentioned rule 22 which says that evidence which is irrelevant is not admissible. Surely that example you gave would be ruled inadmissible under rule 22.

Miss Martin: One would hope so.

The Chairman: Well, it is stated as clearly as possible. You cannot look at rules 23 and 24 as sequiturs without looking at the overall or governing rule, rule 22.

Miss Martin: There are a number of governing rules. Another is the old rule that, if it is so prejudicial and has such tenuous probative value, it will not be admitted either. The possibility, however, clearly exists—and this is clearly a new statement of law—that tenuously relevant evidence as to bad character would be admissible. The paedophile example is clearly extreme and an argument is available to say that it is not relevant. It would depend. If it was a bath house case, you might not have any chance.

Certainly, in respect of a propensity for violence, if a psychiatrist in a homicide case concluded that a man had a violent look about him, that would be admissible. It is not now.

Miss Edwardh: Let us take it a step further. Suppose it is a homicide and suppose the victim is well known in the community as a violent man and that the defence wishes to tender that evidence, because it is reasonable for it to be before the jury because the accused knew that this person had a reputation for violence, a reputation for carrying a weapon or something to that effect and the issue is self-defence, as I understand these provisions, that would also open up the character of the accused. That is the English position.

Senator Frith: But that is fair. I handled a case in which I got evidence that the victim had had a reputation for being violent. Our defence was self-defence and we were entitled to bring evidence to show who was likely to be the aggressor. There is nothing new about that. That was 35 years ago.

Miss Edwardh: No, but that is not what I am saying. I am saying that that makes perfect sense. You want the trier of fact to know that this man was known to the accused and to the community as a violent man. But where we are suggesting there is a question about the wisdom of the legislation is the flipover which then says that once the accused opens up anybody else's character, he opens up his own. This legislation also does that.

Senator Frith: Subject to section 22. If, in fact, he opens up the question of character, if his character is relevant, why should it not be admitted?

Miss Edwardh: We have always jealously guarded the area of character evidence. It is my belief that it and similar fact

[Traduction]

l'exemple d'un homme accusé de fraude, au sujet duquel un expert témoignerait qu'il est pédophile, ou quelque chose du genre. Cependant, vous avez omis de mentionner l'article 22, selon lequel tout élément de preuve non pertinent est irrecevable. J'imagine que l'exemple que vous avez donné serait jugé irrecevable en vertu de l'article 22.

Mlle Martin: Il faut l'espérer.

Le président: Eh bien, la loi le stipule aussi clairement que possible. On ne peut appliquer les articles 23 et 24 comme corollaires, sans considérer d'abord la règle générale, à l'article 22.

Mlle Martin: Il y a un certain nombre de règles générales. Il y a notamment l'ancienne règle voulant que, si un élément de preuve est trop préjudiciable et n'a qu'une valeur probante négligeable, il ne sera pas admis non plus. Cependant, il serait tout à fait possible et en cela, la nouvelle loi crée un précédent—que des éléments de preuve sur la moralité de l'inculpé soient recevables même s'ils ne sont pas parfaitement pertinents. L'exemple de la pédophilie est évidemment extrême, et il est facile de dire que cet argument n'est pas pertinent. Mais là encore, cela dépend. S'il s'agissait d'un établissement de bains, il serait peut-être impossible de refuter ce témoignage.

Il est certain que le tribunal admettrait en preuve le témoignage d'un psychiatre qui conclurait, dans une affaire d'homicide, qu'un homme semble prédisposé à la violence. Ce témoignage n'est pas recevable à l'heure actuelle.

Mlle Edwardh: Allons un peu plus loin. Supposons que la victime de l'homicide soit bien connue pour sa violence et ait la réputation de porter des armes, ou quelque chose du genre; il serait naturel que la dépense veuille invoquer cet argument devant le jury puisque l'inculpé aurait été en état de légitime défense. Si je comprends bien ces dispositions, une défense de ce genre permettrait également à la poursuite de mettre en doute la moralité de l'inculpé. Il s'agit là de la position anglaise.

Le sénateur Frith: Mais c'est tout à fait juste. J'ai déjà plaidé une cause au cours de laquelle j'ai eu la preuve que la victime avait la réputation d'être violente. Nous avons plaidé la légitime défense et avons produit des preuves pour montrer que, selon toute probabilité, était le véritable agresseur. Il n'y a rien de nouveau là-dedans; cela fait 35 ans.

Mlle Edwardh: Non, mais ce n'est pas ce que j'ai dit. Ce que je veux dire, c'est que c'est tout à fait sensé. Vous voulez prouver que cet homme était perçu par l'accusé et par la communauté comme une personne violente. Mais là où nous nous interrogeons quant à l'opportunité de cette mesure législative, c'est lorsque nous constatons ce contre-effet de dispositions qui prévoient que si l'accusé invoque la moralité de quelqu'un d'autre, il braque alors l'attention sur la sienne. Cette mesure le prévoit aussi.

Le sénateur Frith: Sous réserve de l'article 22. Si en fait, l'accusé invoque la question de moralité, et si l'argument est pertinent, pourquoi ne devrait-il pas être accepté?

Mlle Edwardh: Nous avons toujours jalousement protégé cette question de moralité. Je suis d'avis que cette question et

[Text]

evidence become a quagmire which takes the trier of fact away from the fundamental issue that is often before the trier of fact: this particular act on this particular occasion and the criminal responsibility for it.

There is difficulty with all character evidence. I am sure we could all construct scenarios which we would agree were relevant to any assessment of what had happened. The problem is also on the slippery slope of practice, where such a general rule constitutes almost an open pit inviting disaster, because it would allow to be drawn inferences we have thus far stood strongly against, those inferences being that "this is a man who was likely to commit the offence."

Senator Frith: Like propensity or similar acts, I agree, constitute a danger.

Miss Edwardh: This moves halfway between those two.

Senator Donahoe: It is like saying to the accused, "Don't you hold up anything about the guy you killed, because, if you do, we will make you explain what kind of person you are."

Miss Edwardh: That is exactly what it does. It also becomes a cat-and-mouse game between the prosecution and the defence.

Senator Godfrey: I am not too sure that that doesn't become relevant.

Senator Frith: Well, there is the opposite position, too: You can raise anything you like about the victim, but, by George, we will not be able to say anything about you.

Miss Edwardh: But it is the accused who is on trial.

Senator Donahoe: It is a matter of letting in evidence against the accused which would not have been admissible against him, if he had not taken an action in his own defence. Therefore, he is making the evidence possible against himself. Therefore, it is self-incriminating evidence. It is evidence of an incriminating nature which could not have been admitted, if he had not opened the door for it. Therefore, he is penalized for his defence, and I don't think he should be.

Senator Nurgitz: I don't think we can get to a system that will convict people of serious crimes by reputation only.

Miss Edwardh: I think it is very important to guard against that.

Senator Frith: I certainly agree with that.

Senator Godfrey: I can imagine a case in which there is a fight between two violent people. If you say that the victim was violent, is it not relevant that the person who killed him is also violent?

Miss Edwardh: I know it is sometimes hard for laymen to understand, but I put it to you that I believe it is less relevant that the jury know the accused is violent, because as soon as you tell a jury that this accused has previously beaten up 14 people, they are going to come to the conclusion that it is likely

[Traduction]

des faits similaires apportés comme preuves deviennent un borborygme qui éloigne le juge de la question fondamentale, à savoir: cette loi précise, invoquée pour une occasion précise de même que la responsabilité criminelle qui s'y rattache.

La preuve de moralité pose des problèmes. Je suis sûre que nous pourrions tous monter des scénarios qui, de notre avis, correspondraient à quelque évaluation que nous fassions de ce qui s'est passé. Le problème se pose aussi et dangereusement en pratique, où une règle aussi générale est presque une sorte de ravin qui vous invite au désastre, parce qu'on peut en déduire des éléments contre lesquels nous sommes toujours fortement opposés, que «cet homme était susceptible de commettre le crime».

Le sénateur Frith: La propension ou des actes similaires, j'en conviens, constituent un danger.

Mlle Edwardh: Nous sommes ici à mi-chemin entre les deux.

Le sénateur Donahoe: «N'invoquez rien contre la personne que vous avez tuée parce que si vous le faites, vous serez tenu d'expliquer quel genre de personne vous êtes.»

Mlle Edwardh: C'est exactement ce qui se passe. La poursuite et la défense jouent alors au chat et à la souris.

Le sénateur Godfrey: Mais je ne suis pas très certain que cela ne soit pas la chose à faire.

Le sénateur Frith: Eh bien, il y a aussi l'autre côté de la médaille: vous pouvez invoquer n'importe quel argument contre la victime, mais on ne pourra certes rien dire contre vous.

Mlle Edwardh: Mais c'est l'accusé qui est jugé.

Le sénateur Donahoe: Il s'agit en fait de permettre d'apporter des preuves contre l'accusé qui ne seraient pas admissibles contre lui s'il n'avait pas invoqué un tel argument pour sa propre défense. Par conséquent, il s'expose à ce qu'on lance cet argument contre lui. Ainsi, c'est une preuve incriminante, qui n'aurait pas été acceptée si l'accusé ne s'y était pas exposé. Par conséquent, il est pénalisé pour sa défense et je ne crois pas que tel devrait être le cas.

Le sénateur Nurgitz: Je ne crois pas que nous devrions en arriver à un système qui puisse permettre de reconnaître des gens coupables de crimes graves en se fondant sur leur seule réputation.

Mlle Edwardh: Je crois qu'il est très important de veiller à ce que cela ne se produise pas.

Le sénateur Frith: Je suis tout à fait d'accord avec vous.

Le sénateur Godfrey: Je pense par exemple à un cas où deux personnes violentes en viennent aux coups. Si vous dites que la victime était violente, ne peut-on pas également dire que la personne qui l'a tuée est aussi une personne violente?

Mlle Edwardh: Je sais qu'un profane a parfois de la difficulté à comprendre ces choses, mais je vous en fais part parce que je crois qu'il est moins nécessaire que le jury sache que l'accusé est violent car dès que vous lui dites qu'il a déjà battu 14 personnes, ses membres vont en venir à la conclusion qu'il a

[Text]

that he beat up this 15th person, and that is not what our trial system is about. What is relevant is that they know when the accused says, "I was afraid of this man because he was known in the community to carry a weapon", that they can hear that information. The person who is the victim is not going to serve the time and it is one of the fundamental roles that we provide protection around the accused that we do not extend to witnesses, and there is good reason for that.

Miss Martin: The concern that I have had as well, and it is one which was raised before, and that is where is the evidence—

Senator Frith: Well when you talk about the trenches, the crown attorneys are also in the trenches. They are there to protect, and if they see the same person coming in over and over again—

Miss Edwardh: But we have rules to get that in—

Senator Godfrey: He has only beaten up 14 people previously, but he is scared of the other guy so he murders him.

Miss Edwardh: But he has taken the stand to say, "I was scared."—

Senator Frith: In any event, we should resolve these issues on the side of the accused. That is clear.

May I ask about the point you made about the notice? In how many cases—whether it is alibi or this other clause we were discussing—if you brought it up and the Crown asked for an adjournment because he was taken by surprise, how often would the judge not grant the crown an adjournment?

Miss Edwardh: They would always grant him an adjournment.

Senator Frith: Then you would have an adjournment and you know what the lists are like; suddenly the case falls to the end of the list or something. Perhaps the notice idea has to be modified, and obviously there is lots of room for improvement in the bill generally. I do not look at this bill as something that has come forward with the comment, "Relax everyone, we are just codifying the existing law." The main objective of this is uniformity; that is the motivation for it, so they go and talk to the attorneys general and so on and they say, "First off, let's codify some of the things that are there, and maybe 400 years of tradition does not mean that something is right. Maybe while we are at it, we will change a few things." Perhaps this whole business of alibi and surprise in alibi is wrong. Perhaps it is tradition but—

Miss Edwardh: We have never had surprise in alibi. Alibi is the one area where there is a duty upon defence counsel to raise the alibi to give the Crown an opportunity to investigate the alibi. What has been done here is it has been taken one step further when there is nothing wrong with that role. Presently, you raise the alibi; the Crown has an opportunity to investigate and interview the alibi, or the trial judge says to the jury, "The defence has called this alibi at the last minute; no

[Traduction]

probablement battu cette quinzième personne et ce n'est pas ainsi que fonctionne notre justice. Ce qui est important, c'est que le jury sache que l'accusé avait peur de cet homme parce qu'il savait qu'il portait une arme; voilà ce qui compte. Ce n'est pas la victime qui sera incarcérée et il nous appartient en priorité d'offrir cette protection à l'accusé, protection que nous n'accordons pas aux témoins car il y a une bonne raison à cela.

Mlle Martin: La question qui me préoccupe aussi, et elle a déjà été soulevée, c'est lorsque la preuve...

Le sénateur Frith: Eh bien, quand vous parlez de tranchées, les procureurs de la Couronne sont aussi dans des tranchées. Ils sont là pour nous protéger et si la même personne passe et repasse devant les tribunaux...

Mlle Edwardh: Mais nous avons des règlements à ce sujet...

Le sénateur Godfrey: L'accusé n'a battu que 14 personnes auparavant, mais il a peur de l'autre gars, donc il le tue.

Mlle Edwardh: Mais il a dit: «J'avais peur.»

Le sénateur Frith: De toute façon, nous devons régler ces questions en penchant pour l'accusé. C'est clair.

Puis-je vous poser une question au sujet du préavis? A combien de reprises, qu'il s'agisse d'alibi ou de cette autre disposition dont nous discutons, combien de cas, dis-je bien, d'ajournement soumis à la Couronne parce que l'accusé a été pris à l'improviste, sont-ils acceptés?

Mlle Edwardh: La Couronne accordera toujours l'ajournement.

Le sénateur Frith: Donc, vous obtenez l'ajournement et vous savez ce que sont les listes: soudainement, vous vous retrouvez en bas. Peut-être cette disposition sur le préavis devrait-elle être modifiée et, de toute façon, il y a amplement place pour des améliorations dans le projet de loi en général. Je ne considère pas ce projet de loi comme une mesure adoptée à partir du principe suivant: «Écoutez tout le monde, détendez-vous, nous sommes simplement en train de codifier la loi actuelle.» L'objectif principal de ce projet de loi est d'en arriver à une certaine uniformité, c'est là son motif; donc on va s'adresser aux procureurs généraux et ainsi de suite pour leur dire: «D'abord, codifions certaines des choses qui sont là-dedans et peut-être 400 ans de tradition ne veulent-ils rien dire. Et tant que nous y sommes, nous allons changer quelques choses.» Peut-être que toute cette question d'alibi et d'éléments de surprise est faussée. Peut-être est-ce la tradition...

Mlle Edwardh: Nous n'avons jamais eu de surprise avec les alibis. C'est à l'avocat de la défense d'exposer l'alibi pour donner à la Couronne une chance d'enquêter. Ce qu'on a fait, c'est franchir une étape quand, en réalité, on ne peut rien reprocher à cette fonction. Actuellement, on invoque l'alibi; la Couronne a la possibilité de faire enquête et de procéder à un interrogatoire au sujet de l'alibi, ou le juge de première instance dit au jury: «La défense a invoqué cet alibi à la

[Text]

one has had a chance to check it, and I suggest you give it that much weight." Everybody knows, then, what the jury will do.

However, here they make it a condition of admissibility and I think that goes one step too far; it is inappropriate and I cannot see why we have to have notices of admissibility. It makes the system that much more rigid and I do not see that rigidity gets us anywhere in the fluid context of what trials are all about.

Miss Martin: Moreover, notice has been introduced not only in alibi, and at the moment, no crown attorney would get an adjournment if the defence proceeded to call the mother and sister and employer of an accused to say that the accused was a good person. No crown attorney would get an adjournment on the basis that he did not have notice of that.

There are several notice provisions that are conditions precedent to the admissibility of defence evidence, and to exclude relevant evidence that may be of assistance to accused persons in their defence because no notice was given is a very large step forward and a rather dangerous one.

There are many defences that evolve, even during the course of a trial. There are experienced defence counsel and inexperienced defence counsel, and there are unrepresented accused. That is the other important thing.

Miss Edwardh: All you have to do is sit in a Toronto Provincial Court where 90 per cent of the criminal law is processed to know that a very, very large number of people experience the criminal process without the benefit of anything but their own wits, and they do their best; they often do not have counsel or any adviser to call upon, and they are not going to appreciate those technical niceties.

However, I think Dianne's point is one that is most important. If the trial judge thinks it is relevant, there is no point in constructing an obstacle if the evidence should be heard. If you believe in truth and if the courtroom has any role in endeavouring to maximize the truth-finding potential of this tribunal, then you do not set up those technical obstacles.

Senator Frith: That is a fair point if it applies to both sides. One of you was a little more on the sporting theory a little while ago.

Miss Martin: That was a mistake, but it is late in the afternoon.

Also, there are no rules proposed in this bill about production or disclosure of the case for the prosecution to the accused. There is nothing in this bill which addresses the problem of surprise witnesses and surprise allegations made against an accused person. The only provisions dealing with notice are those that apply to the defence. In the system as it now exists in Canada, that cannot be fair. You balance the resources of the crown attorney's office with the varying

[Traduction]

dernière minute, mais comme personne n'a pu le vérifier, je vous prie de le traiter en conséquence». Chacun sait alors ce que fera le jury.

Toutefois, on en fait ici une condition d'admissibilité, et je pense que c'est faire un pas de trop. Cette mesure n'est pas appropriée, et je ne vois pas pourquoi il faut des avis d'admissibilité. Le système en devient d'autant plus rigide, et je ne vois pas à quoi cette rigidité nous avance dans le contexte changeant des procès.

Mlle Martin: De plus, l'avais intervient non seulement en ce qui concerne l'alibi, et jusqu'à maintenant aucun avocat de la Couronne ne pouvait obtenir le renvoi d'une affaire pour complément d'information quand la défense citait la mère, la sœur et l'employeur d'un inculpé pour témoigner de la moralité de ce dernier. Aucun avocat de la Couronne ne pouvait obtenir le renvoi de l'affaire affirmant qu'il n'avait pas reçu d'avis.

Plusieurs conditions relatives à la notification doivent avoir été préalablement respectées pour que la preuve de la défense puisse être admissible, et le fait d'exclure une preuve pertinente qui pourrait servir à la défense de l'inculpé, pour la simple raison qu'aucun avis n'en a été donné, constitue un très grand pas en avant, un pas assez dangereux.

De nombreuses défenses changent, même au cours d'un procès. Il y a des avocats de la défense d'expérience et d'autres sans, de même que des inculpés qui ne sont pas représentés par un conseiller juridique. C'est un autre fait important.

Miss Edwardh: Il vous suffit de vous asseoir dans une salle d'audience provinciale torontoise, où se déroulent 90 p. 100 des procès au criminel pour savoir qu'un très très grand nombre de personnes font l'expérience d'une poursuite au criminel sans pouvoir compter sur autre chose que leur propre ingéniosité et essayer de s'en tirer de leur mieux. Ils n'ont souvent aucun conseiller ni juridique ni autre à qui faire appel, et ils ne sont pas en mesure de saisir la portée de ces subtilités administratives.

En outre, je pense que Dianne a soulevé un point très important. Si le juge de première instance l'estime approprié, il n'y a aucune raison de dresser une barrière si le témoignage doit être recueilli. Si vous croyez à la vérité, et si le prétoire peut le moins contribuer à accroître au maximum le potentiel de découverte de la vérité du tribunal, vous ne dresserez alors pas ces obstacles administratifs.

Le sénateur Frith: C'est très juste, s'il en est ainsi de part et d'autre. L'une d'entre vous parlait plutôt d'esprit sportif.

Mlle Martin: C'est une erreur, mais l'après-midi est déjà fort avancé.

Ce projet de loi ne contient aucune règle relative à la production ni à la divulgation d'informations par l'accusation à l'inculpé. Rien dans ce projet de loi n'a trait au problème du témoin-surprise ni de l'allégation-surprise qui peut être faite contre une personne mise en accusation. Les seules dispositions ayant trait à la notification sont celles qui concernent la défense. Selon le système canadien actuel, ce ne peut être juste. On compare les ressources du bureau de l'avocat de la

[Text]

resources of accused people and you find in this bill only a requirement of notice placed upon an accused.

Miss Edwardh: Have no illusions when you are down there in the trenches, that crown attorneys are always handing you disclosures that they have in relationship to their cases. Many of us go through preliminaries where the crown attorneys say, "Strategically, we are going to give you as little as we can give you to get a committal for trial." It is not until you are actually at trial that the range of the defences that you have been exploring becomes crystallized, and then notice becomes a problem.

Perhaps that sounds bizarre to people who do not experience these things, but it is not like a civil case where everybody knows exactly what is going to happen. You go in there; witnesses come forward and make statements that you have never heard or seen before; there are new allegations there and your defence starts shifting.

Senator Frith: We have done something on that, on discovery in criminal procedures.

Senator Nurgitz: It is not in this bill, however.

Senator Frith: I know, but we should not forget that there is an escape hatch in another piece of proposed legislation.

Miss Martin: Again, it is a question I have asked a couple of times: Why is it necessary? Where is the crying need in the criminal justice system for that particular provision? Who has justified it?

The Chairman: I know you will all agree with me that we have heard well-reasoned submissions and very provocative arguments with respect to the provisions of this bill, which have been very helpful to us. I want to assure you of a couple of things: First of all, that all of your arguments, including those that are within your brief, which I shall arrange to have appended to the minutes of the hearing today, will be taken into consideration.

The Canadian Bar Association is coming back before us next month with a comprehensive brief with respect to the criminal, the civil and any other aspects of the bill. I can assure you, on behalf of the minister, that these will all be taken into consideration very carefully during what we hope will be a parliamentary recess in a short time, and I am hopeful too that the department will have heard the wish that has been expressed here on more than one occasion, that several of the witnesses who have appeared before us be consulted during that revision process.

I am sure that a lot of the objections you have raised today will be very thoughtfully considered and perhaps something done about them. You will certainly have an opportunity to see that the comments you have made will be put before the Department of Justice.

[Traduction]

Couronne avec celles fort différentes de l'inculpé, et ce projet de loi ne contient qu'une exigence de notification que l'accusé doit respecter.

Mlle Edwardh: Ne croyez pas que quand vous êtes là, dans le feu de l'action, les avocats de la Couronne vous fournissent toujours les renseignements qu'ils possèdent sur leur affaire. Bon nombre d'entre nous franchissent les étapes préliminaires pour s'entendre dire par les avocats de la Couronne: «Stratégiquement parlant, nous allons vous en dire le moins possible pour justifier ce procès». Ce n'est qu'une fois le procès vraiment ouvert que la gamme des défenses envisagées se précise, et que la notification devient un problème.

Ces choses semblent peut-être étranges à ceux qui ne les vivent pas, mais ce n'est pas comme une poursuite au civil où chacun sait exactement ce qui va se produire. Voici comment cela se passe: les témoins se présentent et font des déclarations que vous n'avez jamais entendues, dont vous n'avez jamais pris connaissance auparavant; de nouvelles allégations sont faites, et votre défense commence à se modifier.

Le sénateur Frith: Nous avons déjà fait quelque chose à propos de la découverte en matière de poursuites au criminel.

Le sénateur Nurgitz: Mais il n'en est cependant pas question dans le présent projet de loi.

Le sénateur Frith: Je sais, mais nous ne devons pas oublier qu'il y a une échappatoire dans un autre projet de loi.

Mlle Martin: C'est une question que j'ai déjà posée: Pourquoi est-ce nécessaire, pourquoi le système judiciaire criminel aurait-il besoin d'urgence de cette disposition donnée? Qui en a établi le bien-fondé?

Le président: Je sais que vous reconnaîtrez tous avec moi que nous avons reçu des mémoires bien présentés, et entendu des arguments très stimulants relativement aux dispositions du projet de loi, éléments qui nous ont été très utiles. Je veux vous donner quelques assurances: d'abord, soyez certains que tous vos arguments, notamment ceux qui figurent dans votre mémoire que je ferai annexer au procès-verbal de la séance d'aujourd'hui, seront pris en considération.

L'Association du barreau canadien comparaitra à nouveau devant nous le mois prochain, et nous remettra un mémoire complet sur les aspects criminels et civils, ainsi que sur tout autre aspect du projet de loi. Je peux vous assurer au nom du ministre que ces mémoires seront tous pris en compte très soigneusement dans quelque temps, pendant le congé parlementaire, qui devrait débiter très bientôt. J'espère aussi que le ministère aura eu vent du souhait qui a été exprimé ici à plus d'une reprise, à savoir que plusieurs des témoins qui ont comparu devant nous aimeraient être consultés pendant cet examen.

Je suis convaincu qu'un grand nombre des objections que vous avez soulevées ici aujourd'hui seront très soigneusement étudiées, et que quelque chose sera peut-être fait en ce sens. Vous aurez certainement l'occasion de constater que les observations que vous avez faites seront soumises au ministère de la Justice.

[Text]

Senator Frith: Madam Chairman, despite the fact that we have had some fun here, I hope that the two witnesses will not think that we do not appreciate the fact that they have taken the trouble to come all the way up here voluntarily, without their usual fee of \$1,500 per day. They have contributed their own time. I would not like you to think that, because we have disagreed with you and perhaps crossed swords with you that we do not appreciate the fact that you have come to make these submissions today.

The Chairman: It may be relevant to point out as well that most of the members sitting around the table at this time are lawyers, although they may not be as experienced in criminal law as you.

Senator Bosa, who is not a lawyer—

Senator Bosa: Provides the common sense.

Senator Nurgitz: Madam Chairman, I should like to follow up on a point raised by Senator Frith regarding what is not including in the bill.

As has been pointed out, the submission has been excellent, but I should like to request that they set down in writing and send to the committee, if not in detail, a broad statement of what is not included in the bill.

For example, I am interested in the question of disclosure given by crown attorneys prior to preliminary inquiries. There are some provinces—not Ontario or Manitoba—where this is an absolute sporting event.

Senator Frith: With no quarter given.

Senator Nurgitz: Yes, and never mind that someone's liberty is at stake.

The Chairman: I believe that that is included in the brief, therefore, I would appreciate a motion from you that we append the brief to the proceedings of today.

Senator Nurgitz: I so move.

The Chairman: Is it agreed, honourable senators?

Hon. Senators: Agreed.

(For brief see Appendix "59-A")

Miss Edwardh: We will also take the time to set that down in writing, if it will assist the members of the committee. In fact, there are three or four others areas which we have not discussed, which, even broadly speaking, ought to be brought to your attention.

The Chairman: We would be pleased to receive that.

On behalf of the members of the committee, I should like to thank you for your appearance today.

Honourable senators, before adjourning, I should advise you that there is a meeting scheduled tomorrow on Bill S-32. I am advised by Senator Frith that the Senate will not sit tomorrow afternoon.

Senator Frith: It will not, giving more time for committee meetings.

The Chairman: Notices of the committee meeting tomorrow have already been sent out. You will see that that notice states

[Traduction]

Le sénateur Frith: Madame le président, même si nous nous sommes quelque peu amusés au cours de cette séance, j'espère que les deux témoins n'en conclueront pas que nous ne savons pas qu'ils se sont donnés la peine de se rendre ici, sans toucher leurs honoraires habituels de \$1,500 par jour. Ils ont sacrifié de leur temps. Je n'aimerais pas que vous pensiez que, parce que nous n'avons pas été d'accord avec vous et que peut-être aussi nous avons croisé le fer, que nous ne vous savons pas gré de nous avoir présenté ces mémoires aujourd'hui.

Le président: Il y a peut-être lieu de souligner aussi que la plupart des membres qui siègent ici sont des juristes, bien qu'ils n'ont peut-être pas l'expérience que vous avez en droit pénal.

Le sénateur Bosa qui n'est pas juriste . . .

Le sénateur Bosa: Assure la part du sens commun.

Le sénateur Nurgitz: Madame le président, j'aimerais donner suite à un point soulevé par le sénateur Frith au sujet de ce que ne prévoit pas le projet de loi.

Comme nous l'avons déjà dit, le mémoire est excellent, mais j'aimerais demander qu'on mette par écrit, pour le faire parvenir au Comité, même si ce n'est pas de façon détaillée, un exposé général de ce que ne prévoit pas le projet de loi.

Par exemple, la question de la divulgation faite par les avocats de la Couronne avant l'enquête préliminaire m'intéresse. Il y a quelques provinces, non pas l'Ontario ni le Manitoba, où c'est un véritable événement sportif.

Le sénateur Frith: Où on ne fait pas de quartier.

Le sénateur Nurgitz: C'est vrai, et peu importe que la liberté de quelqu'un soit en jeu.

Le président: Je pense qu'il en est question dans le mémoire, et j'aimerais que l'un d'entre vous propose que nous annexions le mémoire au compte rendu des délibérations d'aujourd'hui.

Le sénateur Nurgitz: Je le propose.

Le président: Est-ce adopté, honorables sénateurs?

Des voix: Adopté.

(Pour le mémoire, voir l'Appendice «59-A»)

Mlle Edwardh: Nous prendrons aussi le temps de mettre cela par écrit, si cela peut être utile aux membres du Comité. En vérité, il y a trois ou quatre autres domaines que nous n'avons pas abordés, et qui de façon générale devraient être portés à votre attention.

Le président: Nous aimerions en prendre connaissance.

Au nom du Comité, j'aimerais vous remercier d'avoir comparu aujourd'hui.

Sénateurs, avant d'ajourner, je vous informe qu'une séance est prévue pour demain sur le projet de loi S-32. Le sénateur Frith m'informe que le Sénat ne siègera pas demain après-midi.

Le sénateur Frith: Il ne siège pas, pour accorder plus de temps aux séances de comité.

Le président: Les avis vous informant que le Comité siège demain ont déjà été expédiés. Vous verrez que la séance est

[*Text*]

4 p.m., but I suggest we move the meeting up to 3 p.m. That meeting will take place in room 356.

The committee adjourned.

[*Traduction*]

prévue pour 16 heures, mais je propose que nous la tenions à 15 heures. Elle aura lieu pièce 356.

La séance est levée.

Appendix 59 (A)

SUBMISSIONS TO SENATE COMMITTEE
ON LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS
WITH RESPECT TO THE PROPOSED
UNIFORM EVIDENCE ACT (BILL S.33)

Annexe 59 (A)

MÉMOIRES PRÉSENTÉS AU COMITÉ
SÉNATORIAL PERMANENT
DES AFFAIRES JURIDIQUES
ET CONSTITUTIONNELLES
RELATIVEMENT AU PROJET DE LOI S-33,
LOI UNIFORME SUR LA PREUVE

Criminal Lawyers' Association sub-committee on Uniform
Evidence Act

CO-CHAIRMEN: Dianne L. Martin
David G. Humphrey, Q.C.
Brian H. Greenspan

COMMITTEE: C. Jane Arnup
Michael Code
Bruce Durno
Marlys Edwardh
Nola Garton
Jack Gemmell
John Liss
Michael Lomer
Robert McGee, Q.C.
Paul Copeland
Paul Stern

Le sous-comité de la Criminal Lawyers' Association chargé
d'étudier la Loi Uniforme sur
la Preuve

COPRÉSIDENTS: Dianne L. Martin
David G. Humphrey, c.r.
Brian H. Greenspan

MEMBRES DU COMITÉ: C. Jane Arnup
Michael Code
Bruce Durno
Marlys Edwardh
Nola Garton
Jack Gemmell
John Liss
Michael Lomer
Robert McGee, c.r.
Paul Copeland
Paul Stern

TABLE OF CONTENTS

1. Overview
2. Charter of Rights Implications.....
3. Confessions
4. Hearsay and Prior Consistent Statements.....
5. Character of Accused and Prior Convictions.....
6. Judicial Power to Call Witnesses

TABLE DES MATIÈRES

1. État de la question
2. Contradictions entre la Charte des droits et le pro-
jet de loi S-33
3. Confessions
4. Oûi-dire et déclarations antérieures compatibles....
5. Preuve de moralité de l'inculpé et condamnations
passées
6. Pouvoir judiciaire de citer des témoins

THE UNIFORM EVIDENCE ACTOVERVIEW

Brian H. Greenspan

Although the proponents of the Uniform Evidence Act have attempted to characterize the proposed legislation as merely a comprehensive legislative statement of the rules of evidence, it is the position of the Criminal Lawyers' Association of Ontario that the 'legislative statement' proposed is, in effect, a fundamental codification which involves a dramatic departure from the rules of evidence which have well served the administration of justice and the Canadian public.

Although it is conceded that modern problems, such as computer related issues, necessitate specific amendment to existing legislation, it is our view that the development of the common law of evidence in Canada has demonstrated a remarkable responsiveness to emerging problems and a willingness by the Courts to give life to the 'growing tree' of the common law. The judicial response to traditional problems relating to accomplice evidence and to similar fact evidence are obvious examples of fundamental non-legislative change. It is the view of the Criminal Lawyers' Association that the proposed statute, rather than simplifying, in a codified sense, the current state of the law, involves a significant rewriting and re-definition of the law of evidence.

The draft papers in this material are primarily intended to direct the Committee's attention to the difficulties of codification. It is our position that the Act has neither achieved the declared purposes of simplicity and clarity, nor has it effectively balanced emerging problems and traditional safeguards. The enclosed papers demonstrate that fundamental problems in the legislation tend to the prejudice of the accused and involve a departure in the trial process from reliance on viva voce evidence to a trail of documents. The scope of many provisions appear to operate in order to exclude relevant evidence favourable to the defence and to include irrelevant evidence, such as evidence of character and propensity, to the detriment of the accused.

Having regard to the history of the proposed legislation, the composition of the Task Force and its related committees, and the desire of the Uniform Law Conference to reach a consensus, it is not surprising that numerous departures from the common law reflect prosecution-minded reform. We are advised that even in the context of these rather homogeneous bodies, consensus on many issues was reached by a slim majority in circumstances where the compromise failed to effectively satisfy any member of the committee. It is evident that had such committees consisted of more proportionate representation from the defence Bar or, indeed, the judiciary, fewer and less radical transformations in the common law position would have been effected. It is of significance that the dissenting member of the Task Force, a member of the judiciary, was one of the few non-government representatives.

The enclosed material is not intended to provide a comprehensive catalogue of complaints, but rather is directed to a selected group of specific problems which question the viability

LA LOI UNIFORME SUR LA PREUVEÉTAT DE LA QUESTION

Brian H. Greenspan

Les auteurs de la Loi uniforme sur la preuve ont voulu présenter le projet de loi comme un simple bilan législatif global des règles de preuve. Cependant, la Criminal Lawyers' Association de l'Ontario estime que le bilan proposé est en réalité une codification fondamentale qui suppose une nette déviation par rapport aux règles de preuve qui ont jusqu'à ce jour pourtant si bien servi l'administration de la justice et la population canadienne.

Tout en reconnaissant que des problèmes modernes, comme la criminalité informatique, font ressortir la nécessité d'apporter des modifications précises à la législation actuelle, nous estimons que, dans leur évolution, les règles de la common law qui régissent la présentation de la preuve au Canada ont remarquablement réagi aux problèmes qui se sont présentés, et traduisent la volonté des tribunaux de vivifier la common law. La solution judiciaire des problèmes communément liés à la présentation de preuve de complicité et de faits semblables est un exemple frappant de changement non législatif fondamental. La Criminal Lawyers' Association estime que le projet de loi, au lieu de simplifier, de codifier, le droit actuel, équivaut à une reformulation en profondeur et à une redéfinition du droit de la preuve.

Les documents ci-joints visent d'abord et avant tout à attirer l'attention du Comité sur les écueils de la codification. Nous sommes d'avis que la loi n'a pas atteint son objectif de simplicité et de clarté, pas plus que les garanties traditionnelles ne contrebalancent efficacement les problèmes nouveaux qui surgissent. Ces documents montrent qu'en général les lacunes fondamentales de la législation défavorisent l'inculpé, et supposent que, dans le cours du jugement, la preuve présentée de vive voix sera négligée au profit de documents. Maintes dispositions semblent avoir pour effet d'exclure des éléments de preuve pertinents qui seraient favorables à la défense, et d'inclure par ailleurs des éléments non pertinents comme des témoignages de moralité et de prédisposition et ce, au détriment de l'inculpé.

Compte tenu de l'historique du projet de loi, de la composition du groupe de travail et de ses comités afférents, de la volonté de la Conférence pour l'uniformisation du droit d'en arriver à un consensus, il n'y a pas lieu de s'étonner que maints écarts à la common law trahissent une volonté de réforme qui tient d'un esprit procédurier. Nous savons que même chez ces groupes assez homogènes, dans de nombreuses questions où le compromis proposé ne répondait aux attentes d'aucun membre du Comité, le consensus ne tient qu'à une infime majorité. Il est bien clair que si, par leur composition, ces comités avaient permis une représentation plus réaliste des avocats de la défense ou même de la magistrature, les règles de la common law auraient été moins souvent et moins radicalement modifiées. Le fait que le membre dissident du groupe de travail, un magistrat, soit l'un des rares représentants non gouvernementaux donne à réfléchir.

Nous ne prétendons pas que les documents ci-joints fournissent un exposé exhaustif des plaintes, mais bien plutôt qu'ils mettent en lumière un certain nombre de problèmes donnés qui

of the legislative scheme of the Uniform Evidence Act. It remains the view of our association that specific amendment to the Canada Evidence Act in conjunction with judicial response to evidentiary problems, remains the most appropriate solution to public and governmental concern with respect to the law of evidence.

CHARTER OF RIGHTS IMPLICATIONS OF BILL S-33

MICHAEL CODE & MICHAEL LOMER

Bill S-33 raises 6 major areas of concern where its provisions appear to be in conflict with various rights that are entrenched in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These 6 areas are as follows:

1. provisions which require the accused to give notice to the Crown of certain evidence which the accused intends to call on his behalf;

2. provisions which operate to exclude relevant defence evidence and to admit irrelevant evidence for the prosecution;

3. provisions which place a legal burden of proof on the accused to establish a fact in issue;

4. ss. 94 and 95, which permit the Court to comment on the accused's failure to testify;

5. s. 72, which provides that real evidence is admissible when found as a result of the obtaining of an inadmissible (*involuntary*) statement and the fact that the real evidence was found as a result of the accused's statement is also admissible;

6. s. 204, which permits a witness' testimony from the preliminary hearing to be read in at trial where the witness cannot be found or claims a lack of memory.

Each of these 6 areas will be addressed in the above order.

1. PROVISIONS WHICH REQUIRE THE ACCUSED TO GIVE NOTICE TO THE CROWN OF CERTAIN EVIDENCE WHICH THE ACCUSED INTENDS TO CALL ON HIS BEHALF

The relevant sections of Bill S-33 on this point are s. 24(2) relating to character evidence and s. 81(1) and (2) relating to alibi evidence. It may also be noted that s. 33 of the *Draft Uniform Evidence Act* produced by the Uniform Law Conference has already been enacted in amendments to the *Criminal Code* as s. 246.6(2). This section requires notice to the Crown in sexual assault cases of evidence to be adduced in relation to the complainant's sexual conduct with persons other than the accused.

There are two objections to these provisions based on the *Charter of Rights*. First, s. 11(d) of the Charter entrenches the right of an accused "to be presumed innocent until proven guilty" and second, s. 11(c) states the corollary of this proposition, namely that the accused cannot "be compelled to be a witness". The effect of these propositions is two-fold. First, the burden of proof is always on the Crown. As the house of Lords

nous font douter de la viabilité du modèle législatif sur lequel repose la Loi uniforme sur la preuve. Notre association demeure persuadée que c'est par l'adoption de modifications précises de la Loi sur la preuve au Canada, et par une solution judiciaire des problèmes que pose la présentation de la preuve, que nous pourrions le mieux dissiper les inquiétudes du public et du gouvernement quant aux règles du droit de la preuve.

CONTRADICTIONS ENTRE LA CHARTE DES DROITS ET LE PROJET DE LOI S-33

MICHAEL CODE ET MICHAEL LOMER

Les dispositions du projet de loi S-33 semblent, sur six grands points, nier des droits consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces six points sont les suivants:

1. les dispositions qui obligent l'inculpé à donner à la Couronne un préavis de son intention de produire certaines preuves tendant à le disculper;

2. les dispositions qui ont pour effet d'exclure certaines preuves pertinentes présentées par la défense et d'en admettre d'autres, non pertinentes, lorsqu'elles sont produites par l'accusation;

3. les dispositions qui imposent à l'inculpé la charge de la preuve légale pour établir la réalité d'un fait contesté;

4. les articles 94 et 95, qui permettent au tribunal de faire des observations sur le défaut de témoignage de l'inculpé;

5. l'article 72, qui prévoit qu'une preuve matérielle est recevable même si elle découle d'une déclaration irrecevable (*involontaire*) et qu'il est possible d'admettre en preuve le fait que la découverte de cette preuve matérielle résulte d'une déclaration de l'inculpé;

6. l'article 204, qui permet de lire au procès un témoignage présenté, au cours de l'enquête préliminaire, par un témoin qui ne peut être retrouvé ou qui prétend ne pas pouvoir se rappeler son témoignage.

Ces six points seront étudiés dans l'ordre.

1. DISPOSITIONS QUI OBLIGENT L'INCUPLÉ À DONNER À LA COURONNE UN PRÉAVIS DE SON INTENTION DE PRODUIRE CERTAINES PREUVES TENDANT À LA DISCULPER

Les dispositions du projet de loi S-33 portant sur ce point sont le paragraphe 24(2), sur la preuve de moralité, et les paragraphes 81(1) et (2), sur l'alibi. Il faut également souligner que l'article 33 du projet de *Loi uniforme sur la preuve*, établi par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, a déjà été incorporé au *Code criminel*, au paragraphe 246.6(2). Cet article prévoit, dans les cas d'agression sexuelle, le dépôt d'un avis à la Couronne avant de présenter une preuve au sujet du comportement sexuel du plaignant avec qui que ce soit d'autre que l'accusé.

Ces dispositions du projet de loi sont incompatibles avec la *Charte des droits*, pour deux raisons. Premièrement, le paragraphe 11d) de la Charte reconnaît à l'inculpé le droit «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable»; deuxièmement, le paragraphe 11c) prévoit, en corollaire, que l'inculpé ne peut pas «être contraint de témoigner». Il faut donc en tirer deux conclusions. Tout d'abord, le fardeau de la

stated in *D.P.P. v. Woolmington* (1935), 25 Cr. App. R. 72, at 95:

"But while the prosecution must prove the guilt of the prisoner, there is no such burden laid on the prisoner to prove his innocence... No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained."

Second, there is no obligation on the accused to assist the Crown in discharging its burden of proof. On the contrary, the accused is entitled to remain silent throughout, both prior to trial and at trial, unless he voluntarily chooses to assist the prosecution in proving his guilt. In *Regina v. Marcoux and Solomon* (1975), 24 C.C.C. (2d) 1, the Supreme Court of Canada re-affirmed this aspect of our criminal procedure at p. 5:

"As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness-box or to answer incriminating questions."

and at pp. 6-7:

"An accused cannot be forced to disclose any knowledge he may have about an alleged offence and thereby supply proof against himself..."

It is submitted that the effect of the above-noted provisions in Bill S-33 requiring the accused to give notice to the Crown of certain evidence he intends to call is to breach his right to remain silent and to compel him to assist the Crown in the preparation of the Crown's case. By giving names and addresses of witnesses to be called by the defence or by just disclosing the general nature of defence evidence, the accused is being compelled to speak to the prosecuting authorities so that they can more effectively prosecute him.

Furthermore, since the burden of proof is on the Crown to prove the accused's guilt. There is no onus on the accused to call any evidence until the Crown has called sufficient evidence to establish a *prima facie* case. At this point there is a tactical or evidentiary burden on the accused to call some evidence to raise a reasonable doubt or else risk the possibility of a conviction. See: *Regina v. Lock* (1974), 18 C.C.C. (2d) 477 (Ont. C.A.). The accused's right to remain silent is closely connected to this burden on the Crown to call sufficient evidence to establish a *prima facie* case, as the majority of the Supreme Court of Canada asserted in *Regina v. Proudlock* (1978), 43 C.C.C. (2d) 321 at 327:

The standard of evidence required for a conviction, including the standard of the evidence required to overcome a *prima facie* case against the accused, is just as basic a principle as the right of the accused to remain silent. In fact, it may be considered as a qualification of this principle. The accused may remain silent, but, when there is a *prima facie* case against him and he is, as in the instant case, the only person who can give "evidence to the contrary" his choice

preuve incombe toujours à la Couronne. Comme l'a affirmé la Chambre des Lords dans l'affaire *D.P.P. v. Woolmington* (1935), 25 Cr. App. R. 72, à 95:

«Cependant, alors que l'accusation doit prouver la culpabilité du prisonnier, celui-ci n'a pas à prouver son innocence... Quels que soient les chefs d'accusation et l'endroit du procès, le principe voulant que la poursuite doit prouver la culpabilité du prisonnier est reconnu, dans la common law anglaise, et il ne peut être question d'en atténuer la portée.»

Ensuite, l'inculpé n'est pas tenu d'aider la Couronne à s'acquitter du fardeau de la preuve. Au contraire, il a le droit de garder le silence, tant avant que pendant le procès, à moins qu'il ne choisisse volontairement d'aider l'accusation à prouver sa culpabilité. Dans l'affaire *La Reine c. Marcoux et Solomon*, R.C.S., 6^e cahier, 1976, vol. 1, la Cour suprême du Canada réaffirmait cet aspect de notre procédure criminelle, à la page 769:

«Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes.»

Elle poursuivait à la page 770:

«Un prévenu ne peut être contraint de divulguer quelque fait qu'il peut connaître relativement à une infraction présumée et fournir ainsi une preuve contre lui-même...»

Nous estimons que ces dispositions du projet de loi S-33, qui obligent l'inculpé à donner à la Couronne un préavis de son intention de produire certaines preuves, le privent de son droit de garder le silence et le contraignent en fait à aider la Couronne à préparer sa poursuite. En donnant les nom et adresse des témoins que la défense désire citer à comparaître, ou simplement un révélant la nature générale des preuves qu'elle compte produire, l'inculpé doit traiter avec la poursuite, ce qui facilite la tâche de cette dernière.

Par ailleurs, puisqu'il incombe à la Couronne de prouver la culpabilité de l'inculpé, rien n'oblige celui-ci à produire des preuves tant que la Couronne n'en a pas présenté suffisamment pour établir un commencement de preuve. À ce moment-là, l'inculpé est en fait tenu, pour des raisons tactiques, de produire certaines preuves pour créer un doute raisonnable quant à la véracité des preuves de la poursuite, s'il ne veut pas être reconnu coupable. Voir le jugement *Regina c. Lock* (1974), 18 C.C.C. (2d) 477 (Ont. C.A.). Le droit, pour l'inculpé, de garder le silence est étroitement lié au fardeau, imposé à la Couronne, de produire des preuves suffisantes pour établir un commencement de preuve, comme la majorité des juges de la Cour suprême du Canada l'ont affirmé dans l'affaire *La Reine c. Proudlock*, R.C.S., 4^e cahier, 1979, vol. 1, aux pages 550-551:

«La norme de la preuve requise pour une condamnation, y compris la norme requise pour rencontrer une preuve *prima facie* contre l'accusé, est tout aussi fondamentale que le droit de l'accusé de garder le silence. En réalité, on peut la considérer comme une réserve apportée à ce principe. L'accusé peut garder le silence. En réalité, on peut la considérer comme une réserve apportée à ce principe. L'accusé peut garder le silence, mais, lorsqu'il y a une preuve *prima facie*

really is to face certain conviction or to offer in testimony whatever explanation or excuse may be available to him.

Therefore, even as a tactical matter, the accused's right to remain silent continues to operate up until the point where the Crown has called sufficient evidence to establish a *prima facie* case. By requiring the accused to give notice, prior to trial, of defence evidence that he intends to call at trial, the above provisions of Bill S-33 violate these fundamental principles relating to the burden of proof and the right to remain silent. The accused does not have to make any decision about calling any evidence until the Crown has first established a *prima facie* case. The accused therefore cannot be compelled, prior to trial, to give notice of potential defence evidence since there is no onus on the accused, tactical or otherwise, to make this decision at this stage. The Crown may well make use of the notice, given prior to trial, to discover other incriminating evidence or to strengthen existing evidence. Thus the accused will have been compelled to speak in order to assist the Crown in successfully prosecuting him.

The failure of an accused to give the Crown notice of defence evidence may well become an issue in a trial if the defence makes it an issue, for example, by berating the police officers in cross-examination for failing to investigate his alibi before charging him. At this point the Crown could clearly call evidence of the accused's failure to notify the police of his alibi. In the absence of the defence raising such an issue, it is submitted that it violates the presumption of innocence and the right to remain silent by requiring the defence to notify the Crown of any defence evidence. The Supreme Court of Canada took this position in *Marcoux and Solomon*, *supra.*, at pp. 9-10:

"I should make it clear, however, that I do not think evidence of the offer and refusal of a line-up will be relevant and admissible in every case in which identification of an accused is in issue. Admissibility will depend upon the circumstances of the case. If, at trial, it unfolds that the Crown must explain the omission of a line-up or accept the possibilities of the jury drawing an adverse inference, then in those circumstances it would seem that evidence of refusal is both relevant and admissible. In other circumstances I do not think such evidence should normally be tendered. The danger, as I see it, is that it may impinge on the presumption of innocence, the jury may gain the impression there is a duty on the accused to prove he is innocent. However, on the facts of the present case, I have no doubt whatever that evidence of Marcoux's refusal to take part in the line-up was admissible, coming as it did after the issue was opened by defence counsel following upon the evidence-in-chief of Fleskes."

It is interesting to note that in the midst of these novel provisions requiring disclosure of defence evidence, there is no provision requiring disclosure of the Crown's evidence. One is led to question the good faith of the authors.

contre lui et qu'il est, comme en l'espèce, la seule personne susceptible de présenter une «preuve contraire», il doit en fait choisir entre faire face à une condamnation certaine ou témoigner pour offrir une explication ou une excuse.»

Par conséquent, même du point de vue tactique, l'inculpé conserve le droit de garder le silence jusqu'à ce que la Couronne ait produit des éléments suffisants pour établir un commencement de preuve. En obligeant l'inculpé à donner avant son procès un préavis de son intention de produire certaines preuves lors de ce procès, ces dispositions du projet de loi S-33 sont en contradiction avec les principes fondamentaux relatifs au fardeau de la preuve et au droit de garder le silence. L'inculpé ne peut en effet être tenu de prendre des décisions sur les preuves qu'il compte produire tant que la Couronne n'a pas établi de son côté un commencement de preuve. Il ne peut donc pas être contraint de donner, avant le procès, un préavis des preuves qu'il entend produire pour se défendre, puisque rien ne l'oblige, pour des raisons tactiques ou autres, à prendre cette décision dès cette étape. La Couronne pourrait bien se servir de ce préavis pour découvrir d'autres preuves inculpatrices ou pour confirmer celles qu'elle possède déjà. Ainsi, l'inculpé aurait en fait été obligé d'aider la Couronne à le poursuivre avec succès.

Il pourrait arriver que l'absence de préavis sur les preuves que la défense entend produire soit soulevée lors du procès; l'inculpé s'y exposerait par exemple en reprochant aux agents de police, en contre-interrogatoire, de ne pas avoir vérifié son alibi avant de l'accuser. Dès lors, la Couronne pourrait prouver facilement que l'inculpé n'a pas averti la police de son alibi. Si la défense ne soulève pas la question, nous estimons que cette disposition constitue une violation des principes de la présomption d'innocence et du droit à garder le silence, puisqu'elle oblige la défense à avertir la Couronne de toute preuve tendant à disculper l'accusé. C'est d'ailleurs l'avis qu'a exprimé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Marcoux et Solomon*, *supra.*, aux pages 774-775:

«Je voudrais toutefois dire clairement que je ne pense pas que la preuve de l'offre et du refus d'une parade d'identification sera pertinente et recevable dans tous les cas où la question de l'identification du prévenu est en jeu. La recevabilité dépendra des circonstances en cause. S'il arrive au procès que le ministère public doive expliquer l'omission d'une parade d'identification ou accepter la possibilité que le jury en tire une conclusion défavorable, alors, dans les circonstances, il semblerait que la preuve du refus soit à la fois pertinente et recevable. En d'autres circonstances, je ne crois pas qu'une telle preuve devrait normalement être soumise. Le danger, comme je le vois, est que cela peut influencer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu à l'obligation de prouver son innocence. Toutefois, d'après les faits en l'espèce, je n'ai aucun doute que la preuve du refus de Marcoux de participer à la parade d'identification était recevable, vu qu'elle s'est présentée après que la question a été soulevée par l'avocat de la défense, à la suite du témoignage principal de Fleskes.»

Il est intéressant de noter que, parmi toutes ces dispositions nouvelles exigeant un préavis sur les preuves de la défense, rien n'oblige la Couronne à faire de même. Cette constatation nous amène à nous poser des questions sur la bonne foi des auteurs du projet de loi.

2. PROVISIONS WHICH OPERATE TO EXCLUDE RELEVANT DEFENCE EVIDENCE AND TO ADMIT IRRELEVANT EVIDENCE FOR THE PROSECUTION

The applicable sections of Bill S-33 which exclude relevant defence evidence are s. 24(2), s. 28 and s. 85(1). S. 246.6(2) of the *Criminal Code* raises the same issue. S. 28 excludes character evidence where notice has not been given to the Crown, s. 85(1) excludes alibi evidence where notice has not been given to the Crown and s. 246.6(2) excludes evidence of a complainant's sexual conduct with persons other than the accused where notice has not been given to the Crown. S. 28 excludes evidence of any character trait of the victim (*usually, his character for violence*) unless the character trait was known to the accused or unless it meets the test for similar fact evidence (*this is a statutory reversal of Regina v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (Ont. C.A.) where such evidence was held to be relevant and admissible even though it did not satisfy either of these two tests).

It is clear that all these provisions operate to exclude relevant defence evidence. If the evidence was irrelevant, it would be inadmissible under s. 22(1) and there would be no necessity for these additional exclusionary provisions. They represent a profound change in the law. There have always been some rules of evidence which preclude the Crown from adducing relevant evidence if it violates some rule of policy enacted for the protection of the accused. The observer has never been true, for the reasons set out by the Ontario Court of Appeal in *Regina v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 at pp. 54-6:

Under the heading, "Exercise of discretion in excluding evidence" (*R.v. Hawke*, at p. 218 O.R., p. 445 C.C.C.), the learned trial Judge has expressed his view that he had a discretion to reject the evidence of the psychiatrists, even on the premise that their evidence was otherwise admissible and relevant to the issues raised by the defence. With respect, the exclusionary rule that gives a trial Judge a discretion to exclude evidence which is tenuously admissible or only of slight probative value and which is gravely prejudicial to the accused (*The Queen v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, [1970] 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673), has no application to the admissibility of the evidence tendered in this case, and which the trial Judge rejected.

In this case, the evidence was being tendered by the defence. It was relevant to the issue of competency and credibility. It was not prejudicial to the accused. Under such circumstances I know of no judicial discretion to exclude it.

2. DISPOSITIONS QUI ONT POUR EFFET D'EMPÊCHER LA DÉFENSE DE PRÉSENTER DES PREUVES PERTINENTES ET D'AUTORISER LA COURONNE À PRÉSENTER DES PREUVES NON PERTINENTES

Les dispositions du projet de loi S-33 qui ont pour effet d'empêcher la défense de présenter des preuves pertinentes sont les suivantes: 24(2), 28 et 85(1). Le paragraphe 246.6(2) du *Code criminel* pose le même problème. Le paragraphe 24(2) interdit de présenter des preuves de moralité à moins d'avoir donné à la Couronne un préavis à cet effet. Le paragraphe 85(1) interdit de présenter un alibi en faveur de l'inculpé à moins d'en avoir avisé la Couronne au préalable. Quant au paragraphe 246.6(2), il interdit de présenter des preuves relatives au comportement sexuel du plaignant avec des personnes autres que l'inculpé, à moins d'avoir fait parvenir à la Couronne un préavis à cet effet. Aux termes de l'article 28, on ne peut chercher à établir un élément de la moralité de la victime (*le plus souvent, son tempérament violent*), sauf s'il s'agit d'un élément que connaissait l'inculpé ou qui satisfait à la règle dite des faits similaires. (*Cette disposition statutaire va à l'encontre de la décision Regina c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (Ont. C.A.), dans laquelle ces preuves avaient été jugées pertinentes et recevables même si elles ne répondaient à aucune de ces deux conditions.)

Il est clair que toutes ces dispositions ont pour effet d'empêcher la présentation des preuves pertinentes de la défense. Si ces preuves étaient non pertinentes, elles seraient inadmissibles en vertu du paragraphe 22(1), et les interdictions contenues dans ces dispositions seraient superflues. En effet, ces dispositions constituent un changement d'orientation. Certes, les règles sur la preuve ont toujours empêché la Couronne de présenter certaines preuves pertinentes qui iraient à l'encontre de quelque ligne de conduites adoptée pour protéger l'inculpé. Cependant, il n'a jamais été question de l'inverse, par les raisons établies par la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision *Regina c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19, aux pages 54-56:

Exprimant son avis sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les décisions sur l'admissibilité de la preuve (*«Exercice of discretion in excluding evidence», R. c. Hawke*, p. 218 O.R., p. 445 C.C.C.), l'éminent juge de première instance estimait qu'il pouvait, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, rejeter le témoignage des psychiatres, même si ce témoignage était autrement admissible et se rapportait aux questions soulevées par la défense. Or, nous soutenons respectueusement que la règle d'exclusion qui confère à un juge de première instance le pouvoir discrétionnaire d'interdire la présentation de preuves à peine admissibles, ou d'une valeur probante négligeable, et qui seraient gravement préjudiciables à l'inculpé *La Reine c. Wray*, (1971) S.C.R. 272, (1970) 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673), ne saurait être invoquée pour déterminer l'admissibilité des preuves présentées dans cette cause, lesquelles ont été rejetées par le juge de première instance.

Dans les cas qui nous préoccupent, c'est la défense qui voulait présenter les preuves en question; celles-ci concernaient la question de la compétence et la crédibilité, et elles n'étaient pas préjudiciables à l'inculpé. Dans les circons-

In *R. v. Wray* (No. 2), [1971] 3 O.R. 843, 4 C.C.C. (2d) 378, evidence tendered by the defence was held to have been properly rejected by the learned trial Judge. In that case, it is implicit in the judgment of the majority of the Court that the Court had the gravest doubts about the admissibility of the tendered evidence. It was also apparent that it was the view of the Court that if the evidence were admitted, it would have worked to the disadvantage of the accused in that the Crown would have been permitted to adduce highly prejudicial evidence against the accused in reply. In that light, Arnup, J.A., delivering the majority judgment of the Court, stated as follows, at p. 849 O.R., p. 384 C.C.C.:

In this case it is clear that the admissibility of the proposed evidence is tenuous, and in our view its probative force in relation to the main issue is trifling. *We have already indicated that the probable effect of admitting it would have been prejudicial to the accused.* A trial Judge, in weighing these factors, and deciding to reject the evidence, would in our view have exercised his discretion properly.

(*Emphasis is mine.*)

In the dissenting judgment, Jessup, J.A., stated as follows, at pp. 844-5 O.R., pp. 379-80 C.C.C.:

Appellant's counsel was prepared to accept the risk from any prejudicial evidence adduced in reply by the Crown. Obviously, such evidence would have to be admissible and in the determination of its admissibility there would have to be applied the rule laid down by Martland, J., in the appeal to the Supreme Court of Canada in the present case and which is quoted in the majority judgment on the present appeal [see [1971] S.C.R. 272, [1970] 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673]. That is a rule which may operate to exclude evidence prejudicial to an accused sought to be adduced by the Crown; it does not justify the exclusion of evidence sought to be adduced by an accused, and an anticipation that it may have to be invoked against Crown evidence in reply does not justify the exclusion of admissible evidence sought to be adduced by an accused. In any event, I fail to see how the proof of the result of the appellant's original trial and subsequent appeals by the Crown could be prejudiced to the appellant. On the contrary, I think it would be beneficial when the jury came to realize that at least from October 31, 1968, to June 26, 1970, the appellant was at liberty to leave the country.

In the Supreme Court of Canada (*Wray v. the Queen* [1974] S.C.R. 565, 10 C.C.C. (2d) 215, 33 D.L.R. (3d) 750), the judgement of the majority of the Court rested on their view that the evidence tendered was inadmissible as not being relevant to any issue at the trial. I do not read the majority judgment of this Court in *R. v. Wray* (No. 2), supra, as standing for the proposition that a trial Judge

tances, il n'existe à ma connaissance aucun pouvoir discrétionnaire qui permette d'en interdire la présentation. La décision *R. c. Wray* (N° 2), (1971) 3 O.R. 843, 4 C.C.C. (2d) 378, avait confirmé que l'éminent juge de première instance avait eu raison de rejeter les preuves que voulait présenter la défense. Toutefois, il était implicite dans la décision majoritaire de la Cour que les juges avaient de très sérieuses réserves au sujet de l'admissibilité des faits que la défense cherchait à établir. Il était clair aussi que ces derniers estimaient que le fait d'autoriser la présentation de ces preuves aurait été au détriment de l'inculpé en ce sens que la Couronne aurait pu présenter en guise de réponse des preuves qui lui auraient été très préjudiciables. Ainsi, en présentant la décision majoritaire de la Cour, M. J. A. Arnup a déclaré ce qui suit (p. 849 O.R., p. 384 C.C.C.):

Il est clair, dans le cas présent, que les preuves qu'on a voulu présenter étaient à peine admissibles et, à notre avis, elles avaient une force probante négligeable par rapport à la question de fond. *Nous avons déjà indiqué que le fait d'en autoriser la présentation aurait probablement été préjudiciable à l'inculpé.* Le juge de première instance qui, en tenant compte de tous ces facteurs, aurait décidé de rejeter les preuves en question, aurait agi correctement en exerçant ainsi son pouvoir discrétionnaire.

(*C'est moi qui souligne.*)

En présentant l'avis de minorité, M. J.A. Jessup s'est exprimé en ces termes (pp. 844-845 O.R., pp. 379-380 C.C.C.):

L'avocat de l'appellant était prêt à accepter le risque découlant des preuves préjudiciables que la Couronne aurait pu présenter en réponse. Aussi ces preuves devaient-elles être jugées recevables, et ce, en appliquant la règle établie par M. J. Martland, dans le jugement rendu suite à l'appel interjeté devant la Cour suprême du Canada relativement à la cause présente, dont il est fait état dans la décision majoritaire concernant l'appel en question (*voir* [1971] S.C.R. 272, [1970] 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673). Cette règle peut être invoquée pour empêcher la Couronne de présenter des preuves préjudiciables à l'inculpé, mais elle ne saurait justifier l'exclusion de preuves que la défense veut présenter et, même si l'on prévoit devoir y recourir pour exclure les preuves que la Couronne pourrait vouloir présenter en réponse, on ne saurait s'en servir pour empêcher l'inculpé de présenter des preuves jugées recevables. Quoi qu'il en soit, je ne vois pas comment les faits concernant l'issue du procès initial de l'appellant et des appels que la Couronne a interjetés par la suite pourraient être préjudiciables à l'appellant. Au contraire, j'estime qu'ils auraient pu servir la cause de l'appellant en permettant aux membres du jury de se rendre compte que ce dernier était libre de quitter le pays, au moins du 31 octobre 1968 au 26 juin 1970.

La décision majoritaire rendue par la Cour suprême du Canada (*Wray c. La Reine*, [1974] S.C.R. 565, 10 C.C.C. (2d) 215, 33 D.L.R. (3d) 750) était basée sur la conviction que les preuves en question étaient inadmissibles du fait qu'elles ne concernaient aucune des questions soulevées au cours du procès. Selon l'interprétation que j'en tire, la décision majoritaire du tribunal de dernière instance dans la

would have a discretion to exclude the evidence of the psychiatrists and of the physician tendered in the case. The point was considered in the case of *Murdoch v. Taylor*, [1965] A.C. 574 at p. 593, where Lord Donovan, with whom the majority of the Court agreed, stated as follows:

He seeks to defend himself, to say to the jury that the man who is giving evidence against him is unworthy of belief; and to support that assertion by proof of bad character. The right to do this cannot, in my opinion, be fettered in any way.

The reason why, in some instances, the Crown is precluded from adducing relevant evidence, is because a criminal trial at common law is not exclusively an inquiry into the truth where all considerations of fairness to the accused are to be sacrificed in order to attain the truth. Rather, we seek truth within a relative context insisting that the process does not unduly sacrifice fairness to the person whose liberty is being put in issue. Since the liberty of the Crown or the prosecutor is never in jeopardy in a criminal trial, whereas the liberty of the accused is in issue, different considerations apply when the accused seeks to adduce relevant evidence to assist in establishing his innocence. There is no consideration of whether the evidence operates unfairly against the Crown (*such as by not giving the Crown notice of the evidence*) since it is not the Crown who is on trial. The only consideration is the relevance of the defence evidence. If it will assist in establishing the innocence of the accused, it must be admitted. Any unfairness to the Crown relating to the way in which the evidence was adduced can only relate to the weight of the evidence.

It is submitted that s. 7 of the *Charter*, which guarantees "the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice" is clearly at odds with the above-noted provisions of Bill S-33. If the accused is faced with a criminal charge, for which the Crown seeks to deprive him of his liberty, and in responding to that charge the accused is denied the opportunity to call all relevant evidence and is subsequently convicted, then clearly he has been deprived of his liberty without the benefit of the principles of "fundamental justice". A finding of guilt that is not based on all relevant evidence could hardly be less just.

The related provisions of Bill S-33 which permits the Crown to adduce irrelevant evidence is s. 25(2). This permits the Crown to call evidence relating to any character trait of the accused, even though the accused has not put that character trait in issue, provided he has called character evidence relating to some other trait. Such evidence is clearly irrelevant and would be inadmissible at common law. For the same reasons as set out above, it is hard to imagine a clearer instance of a violation of "fundamental justice" than to try an accused and convict him on the basis of irrelevant evidence of bad character. In *D.P.P. v. Maxwell* (1934), 24 Cr. App. R. 152 at 169, the House of Lords referred to this principle as "one of the

cause *R. c. Wray* (N° 2, voir ci-dessus) ne confirme pas que le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance l'autoriserait à interdire la présentation des témoignages des psychiatres et du médecin. La question avait été examinée relativement à la cause *Murdock c. Taylor*, (1965) A.C. 574, p. 593, et Lord Donovan, avec l'assentiment de la majorité des juges avaient fait la déclaration suivante:

Il cherche à se défendre, à faire comprendre aux membres du jury que la personne citée à témoigner contre lui n'est pas digne de confiance, affirmation qu'il prétend étayer en donnant la preuve de la mauvaise réputation de ce dernier. À mon avis, on ne saurait l'empêcher d'exercer ce droit par quelque moyen que ce soit.

Si la Couronne peut, dans certains cas, se voir refuser le droit de présenter des preuves pertinentes, c'est parce que, selon les règles de la common law, le procès criminel n'équivaut pas à une enquête où l'on cherche à tout prix à établir la vérité, en faisant fi de toutes les considérations qui militeraient en faveur d'un traitement équitable pour l'inculpé. On cherche plutôt à établir la vérité dans un contexte relatif, en insistant sur l'importance de ne pas causer de préjudice indu à la personne dont la liberté est en jeu. Comme la liberté de la Couronne ou du procureur n'est jamais en cause dans un procès criminel, il faut tenir compte de considérations différentes quand c'est l'inculpé qui cherche à présenter des preuves pertinentes afin de prouver son innocence. On n'a pas à se demander si ces preuves auraient des conséquences injustes pour la Couronne (*du fait par exemple que celle-ci n'ait pas reçu de préavis*), puisque ce n'est pas à cette dernière qu'on intente le procès. Ainsi, la seule chose dont il faille tenir compte, c'est la pertinence des preuves de la défense. Si ces preuves peuvent aider à démontrer l'innocence de l'inculpé, on doit en autoriser la présentation. Toute considération revenant à se demander si les preuves ont été présentées de façon injuste pour la Couronne ne peut porter que sur la valeur de ces preuves.

Ainsi les dispositions du projet de loi S-33 dont il a été question ci-dessus vont manifestement à l'encontre de l'article 7 de la *Charte des droits*, dans lequel il est précisé que «chacun a le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; (et qu') il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de la justice fondamentale». Si l'inculpé que l'on poursuit au criminel pour une infraction qui risque de lui faire perdre sa liberté est condamné après s'être vu refuser le droit de présenter toutes les preuves pertinentes, force est de conclure qu'il a été porté atteinte à son droit à la liberté, contrairement aux principes de la «justice fondamentale». Il n'y a guère plus injuste que de trouver quelqu'un coupable sans que toutes les preuves pertinentes aient pu être présentées.

Les dispositions du projet de loi S-33 qui autorisent la Couronne à présenter des preuves non pertinentes se trouvent énoncées au paragraphe 25(2). Aux termes de ce paragraphe, la Couronne peut présenter des preuves concernant tout élément de la moralité de l'inculpé, même si celui-ci n'a pas fait allusion à cet élément, dès lors qu'il a présenté des preuves visant à démontrer quelque autre élément. Les preuves ainsi avancées seraient manifestement non pertinentes et seraient inadmissibles d'après les règles de la common law. Pour les raisons énoncées ci-dessus, on peut difficilement concevoir plus flagrant exemple de violation des principes de la "justice fondamentale" que celui d'un inculpé qui serait traduit devant

most deeply rooted and jealously guarded principles of our criminal law" and asserted at p. 173 that where the accused does put his character in issue the kind of evidence which the Crown can call to rebut is governed above all else by "the crucial test of relevance". Thus, if the accused puts his character for honesty in issue, the Crown cannot adduce evidence that he is a violent man. S. 25(2) of Bill S-33 would permit this manifest unfairness.

3. PROVISIONS WHICH PLACE A LEGAL BURDEN OF PROOF ON THE ACCUSED TO ESTABLISH A FACT IN ISSUE

The one area of *Charter of Rights* litigation that has enjoyed the greatest success in the first year of the *Charter's* existence is reverse onus clauses. In *Regina v. Oakes* (unreported Judgment, released February 3, 1983), a five member bench of the Ontario Court of Appeal held that s. 8 of the Narcotic Control Act violates s. 11(d) of the *Charter*. S. 8 places a burden of proof, on a balance of probabilities, on the accused to prove that his possession of a narcotic is not for the purpose of trafficking. S. 11(d) provides that an accused is "presumed innocent until proven guilty according to law . . ." The Court set out, at p. 25, the criteria that a reverse onus clause must meet before it is constitutionally valid:

In my view, for a reverse onus clause to be reasonable, and hence constitutionally valid, the connection between the proved fact and the presumed fact must, at least, be such that the existence of the proved fact rationally tends to prove that the presumed fact also exists. The presumed fact must also be one which it is rationally open to the accused to prove or disprove. Otherwise, Parliament is directing a jury to convict the accused on the arbitrary assumption that an essential ingredient of the offence exists when there is, in fact, no probative evidence that the essential ingredient does exist. To require a jury to convict an accused on the basis of a purely arbitrary assumption that an essential ingredient which is the essence of the offence exists unless the accused proves that it does not exist, must surely reduce the right to the presumption of innocence to a mere shadow, and make a cardinal principle of the criminal law wholly illusory and fanciful.

S. 12(1) of Bill S-33 provides that:

"The legal burden in a criminal proceeding respecting any exception, excuse, exemption, justification, proviso or qualification that is expressly provided by an enactment in favour of an accused in relation to any particular offence is on the accused . . ." (*emphasis added*)

The extreme breadth of this provision, applying to any and all excuses and to any and all offences, clearly offends the test in *Oakes*. It cannot be said that the presumed fact is rationally related to the proved fact in all these cases as the specifics of each particular case is not set out. If Parliament is to legislate successfully in this area, they must do so within the confines of

un tribunal et condamné à partir des preuves non pertinentes sur sa mauvaise réputation. Dans la décision *D.P.P. v. Maxwell* (1934), 24 Cr. App. R. 152, p. 169, la Chambre des Lords a parlé de cette question comme "un des principes les plus profondément enracinés et les plus farouchement défendus de notre droit criminel", et elle a précisé à la page 173 que, dans les cas où l'inculpé soulève la question de sa moralité, l'admissibilité des preuves présentées par la Couronne en guise de réfutation dépend d'abord et avant tout de leur pertinence. Ainsi, si l'inculpé soulève la question de son honnêteté, la couronne ne peut présenter de preuves pour démontrer qu'il est de tempérament violent. Or, le paragraphe 25(2) du projet de loi S-33 admettrait cette injustice flagrante.

3. DISPOSITIONS QUI IMPOSENT À L'INCUPLÉ LE FARDEAU DE LA PREUVE DE LA RÉALITÉ D'UN FAIT CONTESTÉ

L'aspect de la *Charte des droits* qui a été le plus souvent invoqué, avec succès, dans la première année d'existence de la Charte, c'est la disposition relative à la charge renversée. Dans l'affaire *Regina c. Oakes* (jugement non enregistré, publié le 3 février 1983), cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont statué que l'article 8 de la Loi sur les stupéfiants enfreint l'alinéa 11(d) de la Charte. D'après l'article 8, il incombe à l'inculpé de démontrer, sur preuve par présomptions, qu'il n'était pas en possession de stupéfiants pour en faire le trafic. L'alinéa 11(d) stipule qu'un accusé est «présupposé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi . . .». La Cour a établi, à la page 25, les critères auxquels il faut satisfaire pour qu'une disposition de charge renversée soit jugée constitutionnelle:

D'après moi, pour qu'une disposition de charge renversée soit jugée raisonnable, et donc constitutionnelle, le rapport entre le fait trouvé et le fait présumé doit pour le moins être tel que l'existence du fait prouvé doit logiquement concourir à établir l'existence du fait présumé. D'autre part, il faut que l'accusé puisse raisonnablement démontrer la véracité ou la fausseté du fait présumé. Autrement, le Parlement autoriserait le jury à condamner un accusé en se fondant sur la présomption arbitraire qu'il existe un élément de preuve essentiel à l'égard de l'infraction, alors qu'en réalité il n'en existe aucun. Le fait de demander à un jury de condamner un accusé en se fondant sur la présomption purement arbitraire qu'il existe un élément de preuve essentiel, qui est la nature même de l'infraction, à moins que l'accusé ne prouve le contraire, réduit pratiquement à néant la présomption d'innocence et rend totalement illusoire un important principe du droit criminel.

Le paragraphe 12(1) du projet de loi S-33 stipule que:

«En matière criminelle, la charge de la preuve légale de toute exception, excuse, exemption, justification, condition ou réserve expressément prévue, pour une infraction donnée, en faveur d'un inculpé par un texte législatif incombe à l'inculpé.» (*soulignement ajouté*)

Cette disposition, de portée très grande puisqu'elle peut s'appliquer à n'importe quel genre d'excuse et à n'importe quel genre d'infraction, ne cadre manifestement pas avec le précédent établi dans l'affaire *Oakes*. On ne peut pas dire que le fait présumé est logiquement lié au fait prouvé dans tous ces cas, les particularités de ceux-ci n'étaient pas définies. Si le Parle-

each particular offence, setting out the particular circumstances in which the onus will be reversed in relation to a particular issue. For example, possession of ten pounds or more of marijuana could be said to rationally relate to a presumption that the possession is for the purpose of trafficking, in the absence of contrary evidence. In these narrowly confined circumstances, a reverse onus clause might survive the *Charter*. However, where the reverse onus is to apply to *all* cases of possession of the narcotic, no matter what the specific circumstances, the provision will fail, as in *Oakes*. In the same way, it is submitted, s. 12(1) of Bill S-33 violates the *Charter* as it applies to *all* cases instead of being confined to particular cases where the presumption of guilt is rational in the circumstances.

It is worth noting that the tactical or evidentiary burden of adducing evidence already lies on the accused with respect to any defence of excuse or justification (see: *Regina v. Lock*, *supra.*, *Regina v. Proudlock*, *supra.*) and even, in some cases, with respect to a defence that goes to the very elements of the offence charged (see: *Regina v. Phillips* (1978), 44 C.C.C. (2d) 548 (Ont. C.A.). Unless the accused adduces some evidence to raise a defence, then the defence need not be considered by the trier of fact (see: *D.P.P. v. Mancini*, [1942] A.C. 1 (H.C.); *Regina v. Squire* 29 C.C.C. (2d) 497 (S.C.C.)).

In these circumstances, it is hard to see any practical necessity for placing a legal burden of proof on the accused with respect to these matters, as provided in s. 12(1) of Bill S-33.

4. SS. 94 & 95 WHICH PERMIT THE COURT TO COMMENT ON THE ACCUSED'S FAILURE TO TESTIFY

These provisions are closely related to s. 12(1) set out above, placing a legal burden of proof on the accused to establish certain defences on a balance of probabilities. If the accused does not testify in these cases where he bears the burden of proof, then s. 95 permits the Court to comment on his silence unfavourably. What has already been said above in relation to the reverse onus clause in s. 12(1) applies equally to s. 95. If the reverse onus clause violates the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*, then clearly s. 95 also violates the presumption of innocence by permitting comment on the accused's failure to discharge that burden by testifying.

But s. 95 is objectionable on an even more fundamental level. If one is to assume that some very specific reverse onus clauses will survive the *Charter*, as *Oakes*, *supra.* seems to suggest, there is no reason why the accused has to testify in order to discharge the burden of proof placed on him by the particular reverse onus clause. Rather, he can discharge that burden by calling other defence witnesses or by eliciting facts favourable to him from the Crown's witnesses. There is no necessary relationship between placing a burden of proof on the accused and requiring the accused to testify. It is therefore clear that s. 95 is nothing more than an indirect means of forcing the accused to testify and thereby permitting the

ment veut élaborer une législation valable dans ce domaine, il doit tenir compte des particularités de chaque infraction, en établissant les circonstances où la charge peut être renversée dans un cas donné. Par exemple, en l'absence de toute preuve du contraire, on peut logiquement présumer qu'une personne qui a en sa possession plus de dix livres de marijuana a l'intention d'utiliser ces stupéfiants pour en faire le trafic. Dans ces circonstances très précises, il serait possible de renverser la charge, en dépit de la *Charte*. Toutefois, si la charge renversée doit s'appliquer à *tous* les cas de possession de stupéfiants, quelles que soient les circonstances, la disposition sera jugée nulle, comme dans l'affaire *Oakes*. De même, on peut affirmer que le paragraphe 12(1) du projet de loi S-33 enfreint les dispositions de la *Charte*, puisqu'il s'applique à *tous* les cas au lieu de se limiter à des cas précis où la présomption de culpabilité se fonde sur des faits logiques.

Il est à noter qu'il incombe déjà à l'inculpé de présenter des preuves à l'égard de toute excuse ou justification invoquée (voir: *Regina c. Lock*, *Supra.*, *Regina c. Proudlock*, *Supra.*) et même, dans certains cas, à l'égard de toute défense qui porte sur les éléments mêmes de l'infraction en question (voir: *Regina c. Phillips* (1978), 44 C.C.C. (2d) 548 (Ont. C.A.). Le juge des faits n'est pas obligé de tenir compte de cette défense à moins que l'inculpé ne présente des éléments de preuve à l'appui (voir: *D.P.P. c. Mancini*, (1942) A.C. 1 (H.C.); *Regina c. Squire* 29 C.C.C. (2d) 497 (S.C.C.)).

Dans ces circonstances, on ne voit pas l'utilité d'imposer la charge de la preuve à l'inculpé, comme le prescrit le paragraphe 12(1) du projet de loi S-33.

4. ARTICLES 94 ET 95 QUI PERMETTENT À UN TRIBUNAL DE FAIRE DES OBSERVATIONS SUR LE DÉFAUT DE L'INCUPLÉ DE TÉMOIGNER

Ces dispositions sont étroitement liées au paragraphe 12(1) susmentionné et imposent à l'inculpé la charge d'établir la réalité de certains faits, sur preuve par présomptions. Si l'accusé refuse de témoigner dans les cas où la charge de la preuve lui revient, l'article 95 autorise la Cour de porter un jugement défavorable sur son silence. Les arguments que nous avons invoqués plus tôt à l'égard de la charge renversée au paragraphe 12(1) s'appliquent également à l'article 95. Si la disposition relative à la charge renversée enfreint les dispositions du paragraphe 11(d) de la *Charte* qui ont trait à la présomption d'innocence, il est clair que l'article 95 contredit également cette présomption d'innocence en permettant au tribunal de faire des observations sur le fait que l'inculpé ne s'acquitte pas de cette charge en témoignant.

Mais l'article 95 est mauvais pour des raisons encore plus fondamentales. En admettant que certaines dispositions relatives à la charge renversée l'emportent sur la *Charte*, comme l'affaire *Oakes* semble le montrer, rien n'oblige l'accusé à témoigner lui-même pour s'acquitter de la charge de la preuve qui lui est imposée par la disposition sur la charge renversée. Il peut s'acquitter de cette charge en faisant témoigner d'autres témoins de la défense ou en obtenant des témoins de la Couronne des déclarations qui lui sont favorables. Le fait d'imposer à l'inculpé la charge de la preuve ne signifie nullement qu'il est obligé de témoigner. Il est donc évident que l'article 95 constitue un moyen détourné de forcer l'accusé à

Crown to cross-examine him in the hopes of strengthening the Crown's case. S. 95, therefore, directly contravenes s. 11(c) of the Charter which provides that an accused has the right "not to be compelled to be a witness in proceedings against that person." In *Regina v. Altseimes* (1982), 38 O.R. (2d) 783, the Ontario Court of Appeal held that prior to the Charter, this so-called privilege against self-incrimination, as it applied to an accused person, meant the right to remain silent. The Court quoted from the Supreme Court of Canada's decision in *Marcoux and Solomon*, *supra*:

"As applied to an accused the privilege is the right to stand mute. An accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness-box or to answer incriminating questions."

The Court of Appeal went on to examine s. 11(c) of the Charter and held:

"It is plain that the protection continues to be protection against testimonial compulsion and nothing else... s. 11(c) continues to protect an accused from being compelled to enter a witness box."

Since s. 95 of Bill S-33 permits a Court to comment unfavourably on an accused's exercise of this right not "to enter a witness box", then clearly s. 95 is inconsistent with that right and ought to be declared to be "of no force or effect" pursuant to s. 52 of the *Charter*.

5. DERIVATIVE EVIDENCE

S. 72 of Bill S-33 provides that a statement ruled inadmissible under s. 64 (*i.e.*, *involuntary*) is not rendered admissible in whole or in part by the subsequent finding of confirmatory real evidence within the meaning of s. 160, but evidence is admissible to show that the real evidence was found as a result of the statement or that the accused knew of the nature, location or condition of the real evidence.

Although this section is not identical to the rule as enunciated in the cases of *Regina v. Wray*, [1970] 4 C.C.C. (2d) 1 (S.C.C.) and *Regina v. St. Lawrence* (1949), 93 C.C.C. 376 (Ont. H.C.)¹ it is submitted that in effect it does not represent any departure from the principle enunciated in those cases.

Section 24(2) of the *Charter* states that:

"(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute."

¹ That rule is stated as follows: Where the discovery of the fact confirms the confession—that is, where the confession must be taken to be true by reason of the discovery of the fact—then that part of the confession that is confirmed by the discovery of the fact is admissible but further than that, no part of the confession is admissible.

témoigner, ce qui permettrait à la Couronne de contre-interroger l'inculpé pour pouvoir renforcer l'accusation. En conséquence, l'article 95 enfreint directement l'alinéa 11(c) de la Charte qui stipule qu'un accusé a le droit «de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche.» Dans l'affaire *Regina c. Altseimes* (1982), 38 O.R., (2d) 783, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que, avant l'existence de la Charte, le prétendu privilège dont jouissait un inculpé pour se protéger contre toute déclaration incriminante signifiait qu'il avait le droit de garder le silence. La Cour s'est fondée sur une décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Marcoux et Solomon*, *Supra*:

«Ce privilège dont jouit un inculpé est celui de garder le silence. On ne peut demander à un inculpé de témoigner ou de répondre à des questions incriminantes, et encore moins le contraindre à le faire.»

La Cour d'appel, après avoir analysé l'alinéa 11(c) de la Charte, a statué en ces termes:

«Il est clair que cette mesure continue d'être une forme de protection contre les témoignages effectués sous contrainte, et rien d'autre... l'alinéa 11(c) continue de protéger l'accusé contre le fait d'être obligé de témoigner.»

Puisque l'article 95 du projet de loi S-33 autorise la Cour à porter un jugement défavorable à l'égard d'un accusé qui refuse de «témoigner», il est clair que l'article 95 enfreint ce droit et qu'il devrait être déclaré «nul et de nul effet» conformément à l'article 52 de la *Charte*.

5. PREUVE DÉRIVÉE

Aux termes de l'article 72 du projet de loi S-33, la déclaration jugée irrecevable conformément à l'article 64 ne devient recevable ni en partie ni en totalité du fait de la découverte postérieure d'une preuve matérielle au sens de l'article 160 la confirmant. Toutefois, il peut être prouvé que la découverte de la preuve matérielle résulte de la déclaration ou que l'inculpé en connaissait la nature, son état ou le lieu où elle se trouvait.

Bien que cet article ne soit pas identique à la règle telle qu'elle a été énoncée dans les affaires *Regina c. Wray*, (1970) 4 C.C.C. (2d) 1 (S.C.C.) et *Regina c. St. Lawrence*, (1949), 93 C.C.C. 376 (C.S. Ont.)¹ nous sommes d'avis qu'il ne déroge pas en réalité au principe énoncé dans ces causes.

Il est dit au paragraphe 24(2) de la *Charte* que:

«(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, en égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.»

¹ Cette règle est ainsi formulée: Lorsque la découverte du fait confirme la confession—c'est-à-dire lorsque la confession doit être considérée comme véridique en raison de la découverte du fait—la partie de la confession confirmée par la découverte du fait est recevable, mais aucune autre partie ne l'est pour autant.

It is to be noted that the test for exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter* is very similar to the nature of the discretion accorded a Trial Judge by the Ontario Court of Appeal in *Regina v. Wray*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 122. The Court said:

In our view, a trial Judge has a discretion to reject evidence, even of substantial weight, if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused or calculated to bring the administration of justice into disrepute, the exercise of such discretion, of course, to depend upon the particular facts before him. Cases where to admit certain evidence would be calculated to bring the administration of justice into disrepute will be rare, but we think the discretion of a trial Judge extends to such cases.

Too much need not be said about the facts in this case. Admittedly, the confession or statement by the accused was procured by trickery, duress and improper inducements and it was clearly inadmissible. Moreover, the whole of the circumstances present in the case and before the learned trial Judge were such, in our opinion, as to have warranted the learned trial Judge's rejection of the proffered evidence respecting the accused's involvement in the discovery of the murder weapon upon both the grounds which have been stated.

It does seem clear that if the *Wray* case were decided within the *Charter* framework, the derivative evidence would be ruled inadmissible if a *Charter* violation could have been established.²

It is submitted that once a *Charter* violation has been established in circumstances where the admission of evidence obtained as a result of that violation "would bring the administration of justice into disrepute", section 72 of Bill S-33 would be inoperative to the extent that it would admit the evidence whereas s. 24(2) of the *Charter* would exclude it. S. 72, with its provision for the admission of derivative evidence, is simply not responsive to the requirements of the *Charter*.

It should be noted that s. 22(2) of Bill S-33 is a codification of the rule in *Wray* (and in fact takes its wording straight from *Martland, J's Judgment*). In the absence of a *Charter* violation, it would seem that *Wray* is still alive in terms of the Trial Judge's discretion to exclude evidence.

6. SECTION 204 OF BILL S-33

This section of Bill S-33 makes a major amendment to s. 643 of the *Criminal Code*.

Section 643 states:

643. (1) Where, at the trial of an accused, a person whose evidence was given at a previous trial upon the same charge, or whose evidence was taken in the investigation of the

Il est à noter que les critères d'exclusion des éléments de preuve prévus au paragraphe 24(2) de la Charte ont à peu près la même portée que le pouvoir discrétionnaire accordée à un juge des faits par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Regina c. Wray*, (1970) 3 C.C.C. (2d) 122. La Cour s'est exprimée en ces termes:

À notre avis, un juge des faits peut, à sa discrétion, rejeter des preuves, même substantielles, s'il considère que leur admission serait injuste pour l'accusé ou d'ordre à déconsidérer l'administration de la justice. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire dépend bien entendu des faits particuliers qu'il a devant lui. Il est rare que des éléments de preuve soient présentés précisément dans le but de déconsidérer l'administration de la justice, mais nous croyons que le pouvoir discrétionnaire d'un juge des faits doit s'étendre à de tels cas.

Les faits sont clairs dans ce cas-ci. Nous reconnaissons que la confession ou la déclaration de l'accusé a été obtenue par la tricherie, sous la contrainte et par des moyens malhonnêtes, et qu'elle est donc irrecevable. En outre, toutes les circonstances entourant l'affaire, dont a été informé le juge des faits, étaient de nature, à notre avis, à justifier le rejet, par le juge des faits, des éléments de preuve présentés au sujet de la participation de l'accusé à la découverte de l'arme meurtrière pour les deux raisons mentionnées.

Il semble clair que si l'affaire *Wray* avait été jugée à la lumière de la *Charte*, la preuve dérivée aurait été jugée irrecevable si on avait réussi à prouver qu'il y avait eu violation de la *Charte*.²

Nous croyons que, lorsqu'il a été établi qu'il y avait eu violation de la *Charte* dans des circonstances où la recevabilité de la preuve obtenue par suite de la violation serait «susceptible de déconsidérer l'administration de la justice», l'article 72 du projet de loi S-33 serait inopérant dans la mesure où il admettrait la preuve contrairement au paragraphe 24(2) de la *Charte*. L'article 72, qui prévoit la recevabilité de la preuve dérivée, ne satisfait tout simplement pas aux exigences de la *Charte*.

Il importerait de noter que le paragraphe 22(2) du projet de loi S-33 est une codification de la règle énoncée dans l'affaire *Wray* (et qu'en fait il s'inspire directement du jugement du juge *Martland*). En l'absence d'une violation de la *Charte*, il semblerait que la règle de *Wray* continuerait à s'appliquer en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge des faits d'exclure certains éléments de preuve.

6. ARTICLE 204 DU PROJET DE LOI S-33

Cet article du projet de loi S-33 modifie en profondeur l'article 643 du *Code criminel*.

L'article 643 stipule ce qui suit:

643. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a rendu témoignage au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a rendu témoignage au cours d'un

² In that case, it would certainly have been open to argument that the following rights had been violated: ss. 7, 9, 10(a) and 10(b).

² Dans ce cas, d'aucuns auraient fort bien pu prétendre que les droits découlant des dispositions suivantes avaient été violés: art. 7 et 9 et alinéas 10(a) et 10(b).

charge against the accused or upon the preliminary inquiry into the charge, refuses to be sworn or to give evidence, or if facts are proved upon oath from which it can be inferred reasonably that the person

- (a) is dead,
- (b) has since become and is insane,
- (c) is so ill that he is unable to travel or testify, or
- (d) is absent from Canada,

and where it is proved that his evidence was taken in the presence of the accused, it may be read as evidence in the proceedings without further proof, if the evidence purports to be signed by the judge or justice before whom it purports to have been taken, unless the accused proves that it was not in fact signed by that judge or justice or that he did not have full opportunity to cross-examine the witness.

Section 204 adds the following:

- (e) cannot with reasonable diligence be found, or
- (f) testifies to a lack of memory of his evidence despite an attempt, where required by the Court, to refresh his memory.

It is subsection (e) that is problematic. It appears that the inclusion of this provision in Bill S-33 may be beyond the scope of the revisions as contemplated by the Uniform Law Conference. The Report of the Federal/Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence do not appear to discuss s. 643 and the amendments thereto. No rationale for this rather exceptional change is given.

The right under s. 7 of the *Charter*, not to be deprived of liberty except in accordance with principles of "fundamental justice" may well be violated by this provision. Fundamental justice has already been held to include the right to full answer and defence in at least one post-*Charter* decision.¹ There is no doubt that one of the key elements of this common law right, now enshrined in the *Charter*, is the right to face one's accuser in Court and to subject that person to cross-examination on his evidence. That common law right (*protected as it is by the rule against hearsay*) has been curtailed somewhat by the enactment of s. 643. However, in its present form, it applies only to exceptional circumstances, such as death, insanity, or where the witness is beyond the power of the Court to compel attendance. It is clear that no such exceptional circumstance applies to the proposed addition of subsection (e). No rationale has been advanced to justify this remarkable change in the law.

In addition, such an amendment would drastically alter the approach counsel would have to take at a preliminary hearing. *U.S.A. v. Sheppard*, 30 C.C.C. (2d) 424 (S.C.C.) precludes the Preliminary Hearing Judge from assessing credibility in determining whether there is sufficient evidence to put a defendant to his trial. Thus, it is normal that, at the stage of a

examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, ou si sont établis sous serment des faits dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne

- a) est décédée,
- b) est depuis devenue aliénée et est aliénée,
- c) est trop malade pour voyager ou pour témoigner, ou
- d) est absente du Canada,

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve, si le témoignage est donné comme ayant été signé par le juge ou le juge de paix devant qui il est censé avoir été recueilli, à moins que l'accusé n'établisse que le témoignage n'a pas été effectivement signé par ledit juge ou juge de paix ou qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

L'article 204 ajoute ce qui suit:

- e) ne peut, malgré diligence raisonnable, être prouvée, ou
- f) ne peut se rappeler son témoignage antérieur même après avoir tenté de se rafraîchir la mémoire à la suite d'une demande en ce sens par le tribunal.

C'est l'alinéa e) qui pose des problèmes. Il semble que l'inclusion de ces dispositions dans le projet de loi S-33 aille au-delà des révisions envisagées lors de la Conférence sur l'uniformisation du droit. Dans le rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, il ne semble pas être question de l'article 643 et des modifications y afférentes. Rien ne paraît justifier cette modification plutôt exceptionnelle.

Le droit à la liberté auquel il ne peut être porté atteinte en vertu de l'article 7, en conformité avec les principes de «justice fondamentale», pourrait fort bien être violé par ces dispositions. Il a déjà été statué, en vertu d'au moins une décision rendu depuis l'adoption de la Charte, que la liberté fondamentale incluait le droit de donner une réponse satisfaisante et de se défendre.¹ Il ne fait aucun doute qu'un des aspects essentiels de ce droit prévu par la *common law*, et maintenant enchâssé dans la *Charte*, soit le droit d'affronter son accusateur à la cour et de la contre-interroger en vue d'éprouver un témoignage. Ce droit de la *common law* (*protégé par la règle contre le oui-dire*) a quelque peu été restreint par l'adoption de l'article 643. Toutefois, dans sa forme actuelle, celui-ci ne s'applique que dans des cas exceptionnels, comme les décès, l'aliénation mentale sur l'absence d'un témoin que le tribunal ne peut obliger à comparaître. Il est clair qu'aucune de ces circonstances exceptionnelles n'a quoi que ce soit à voir avec l'ajout proposé de l'alinéa (3). Aucune explication n'a été avancée pour justifier cette modification importante de la loi.

En outre, une telle modification changerait radicalement l'approche qu'un avocat devrait adopter à une enquête préliminaire. La décision rendue dans l'affaire *États-Unis c. Sheppard*, 30 C.C.C. (2d) 424 (S.C.C.), empêche le juge responsable d'une enquête préliminaire d'évaluer la crédibilité lorsqu'il doit déterminer s'il y a suffisamment de preuves pour faire

¹ *Regina v. Vermette*

¹ *Regina c. Vermette*.

preliminary hearing, cross-examination that goes solely to credibility is either not undertaken by counsel or is curtailed by the Court. Also, the mere reading of a transcript of evidence can lend credibility to an absent witness' story which his presence would not support. It is said regularly by Appellate Courts that they will not interfere with findings of fact at the trial level because the Appellate Court did not have the opportunity of observing the witness in determining credibility. The inflection of a witness' voice, pauses in his testimony and his demeanour while testifying are crucial factors in assessing credibility which do not show upon a mere reading of the transcript from the preliminary hearing. Taking away the opportunity to see the witness may effectively take away the ability to assess credibility. This should only be done in exceptional circumstances.

In conclusion, a transcript from a preliminary hearing rarely contains many questions that go to the issue of credibility because of the effect of *Sheppard*. When this fact is combined with the great difficulty in determining credibility from the mere reading of a transcript in any event, it is quite arguable that s. 204(e) violates the right to make full answer and defence. The accused is deprived of the right to challenge the credibility of a witness by cross-examination before the trier of fact and this surely violates his right to make full answer and defence.

S. 643 of the *Code*, as presently enacted, would probably survive the *Charter*, because the deprivation of the right to make full answer and defence is limited to exceptional circumstances (*such as the death of a witness*). It is therefore arguable that the deprivation could be "demonstrably justified" within the meaning of s. 1 of the *Charter*. There appears to be no demonstrable justification for the radical extension of s. 643 that is proposed in s. 204 of Bill S-33.

CONFESSIONS

Marlys Edwardh and Dianne Martin

A cursory examination of those provisions of Bill S-33, the proposed Uniform Evidence Act, which deal with confessions is enough to raise broad areas of serious concern to the criminal bar. Such an examination can only reveal that the existing law has been fundamentally modified and changed to the detriment of the accused.

The Act purports to adopt the basic common law rule that a statement made by an accused person to a person in authority will not be admissible unless established by the prosecution to be voluntary. However, this rule is deviated from in several important respects. Section 64 of the Act which purports to enshrine this principle sets out four major exceptions to the application of the Rule. These exceptions, if interpreted broadly, could indeed go far to swallow the rule itself. In particular, Section 64 and 62(1)(h) admits into evidence a spontaneous statement made in direct reaction to a startling even perceived or apprehended by the declarant. Although at first blush this looks like a species of the old *res gestae* rule, it is clearly the

subir un procès au défendeur. Il est donc normal, à l'étape de l'enquête préliminaire, que l'avocat ne procède pas à la contre-interrogation en vue de prouver la crédibilité, ou que le tribunal l'en empêche. De plus, la simple lecture de la transcription d'un témoignage en l'absence d'un témoin donne parfois plus de crédibilité à sa version des faits que s'il était présent. Les cours d'appel ont souvent affirmé qu'elles préfèrent ne pas mettre en doute les conclusions de fait au moment du procès parce qu'elles n'ont pas eu l'occasion d'observer le témoin pour déterminer sa crédibilité. Les inflexions de voix, les pauses et le comportement d'un témoin sont des facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'évaluation de la crédibilité, mais qui ne ressortent pas de la simple lecture de la transcription de l'enquête préliminaire. En éliminant la possibilité d'entendre un témoin, on pourrait en fait se priver de la possibilité d'évaluer sa crédibilité. Cela ne devrait se faire que dans des circonstances exceptionnelles.

En conclusion, la transcription d'une enquête préliminaire contient rarement de nombreuses questions concernant la crédibilité à cause de l'effet de *Sheppard*. Cela, combiné à la grande difficulté que pose la détermination de la crédibilité à partir de la simple lecture d'une transcription, vous porte à croire que l'alinéa 204(2) enfreint le droit de donner une réponse satisfaisante et de se défendre. L'accusé est privé du droit de mettre en doute la crédibilité d'un témoin en le faisant contre-interroger devant un juge des faits, et cela enfreint sûrement son droit de donner une réponse satisfaisante et de se défendre.

L'article 643 du Code, tel qu'il existe actuellement, survivra probablement à la *Charte*, parce que la privation du droit de donner une réponse satisfaisante et de se défendre est limitée à des cas exceptionnels (*comme le décès d'un témoin*). Il est donc discutable que «la justification» de la privation «puisse se démontrer» au sens de l'article 1 de la *Charte*. Par contre, la justification de l'extension radicale de l'article 643 proposée à l'article 204 du projet de loi S-33 ne semble pas pouvoir se démontrer.

CONFESSIONS

Marlys Edwardh et Dianne Martin

Un examen sommaire des dispositions ayant trait aux confessions que comporte le projet de loi S-33, la Loi uniforme sur la preuve proposée, est suffisant pour faire naître chez les criminalistes des préoccupations majeures. Cet examen ne peut que révéler que la loi actuelle a été modifiée fondamentalement et que des changements y ont été apportés au détriment de l'accusé.

On prétend adopter dans la loi la règle fondamentale de la *common law* selon laquelle une déclaration faite par un inculpé à un responsable n'est recevable que si le poursuivant établit que cette déclaration est spontanée. On s'écarte toutefois de cette règle sous plusieurs rapports importants. L'article 64 de la loi qui est censé établir ce principe prévoit quatre grandes exceptions à l'application de cette règle. Interprétées de façon très large, ces exceptions pourraient en réalité aller jusqu'à supprimer la règle elle-même. Ainsi, l'article 64 et l'alinéa 62(1)a) admettent en preuve une déclaration spontanée faite en réaction immédiate à un événement saisissant réel ou appréhendé. Bien que de prime abord cela s'apparente

Wigmorian version, which focuses on spontaneous utterances without any requirement that they be connected to the main transaction which gives rise to the charge. It is not difficult to conceive of situations where an accused, who was in custody, could have a police officer set up an event designed to be startling, i.e. displaying grisly photographs of the victim, showing a statement of the co-accused, or any other event of a similar nature. These utterances, clearly designed to be elicited by the police through the use of such artifices and devices, could be spontaneous statements tendered under this provision.

The same, and perhaps even a more serious difficulty arises with Section 62(1)(g). This provision authorizes the admission of utterances made by an accused to a person in authority as to the state of mind or emotion of the accused. If the particular statement referred to in this subsection need not be a direct statement of the state of mind or emotion of the accused (*i.e. I am afraid*), but rather a statement which could be circumstantial evidence of the state of mind or emotion of the accused, then it would appear that many statements which inferentially can be used as evidence of the state of mind or emotion might well be admissible. Indeed, such an interpretation would accord with the present scope of the exception to the hearsay rule as it is generally applied to persons other than the accused in the context of utterances he may make to persons in authority. There appears to be a further condition that the statement which is tendered must be made prior to the occurrence of a fact in issue. It is unclear what the scope of this condition is and how it will restrict the utterances of the accused tendered as admissible without a voir dire. It is our view that the basic provisions of the Uniform Evidence Act as to when a voir dire is called for to ascertain whether a statement is voluntary, are entirely inadequate. All statements made by an accused person to a person in authority must be subject to the requirements of proof of voluntariness, even res gestae statements.

Another of the difficult and problematic proposals set out in this new evidence code is in relation to the standard of proof. Statements of an accused person that are subject to a voir dire, shall be admitted at the instance of a prosecution upon proof on a balance of probabilities that the statement was voluntary. This, of course, is a fundamental departure from the traditional test which requires proof beyond a reasonable doubt as to the voluntariness of the statement. An extensive discussion of the standard "beyond a reasonable doubt" as the preferable standard is not necessary, but some of the considerations supporting this standard are the following:

The quantum of proof required for the admission of a confession, although different than the admission of other evidence, is justified because confession evidence is a peculiarly potent and determinative kind of evidence. The inherent power of this "indirect testimony" of the accused, justifies the higher standard on the basis that this evidence ought not to get to the jury on the basis of insubstantial proof.

d'une certaine manière à l'ancienne règle des res gestae, il s'agit nettement de la version de Wigmore, laquelle accorde de l'importance aux déclarations spontanées sans exiger qu'elles aient un rapport avec l'événement à l'origine de l'accusation. Il n'est pas difficile de concevoir des situations où un inculpé est en détention préventive et où un agent de police monte un scénario saisissant, par exemple en faisant étalage de photos macabres de la victime, en présentant une déclaration du coïnculpé ou tout autre scénario de même nature. Ces déclarations, que de toute évidence cherchait à obtenir la police à l'aide de ces articles et de ces moyens, pourraient être considérées comme des déclarations spontanées en vertu de cette disposition.

La même difficulté, voire une difficulté encore plus grande, découle de l'alinéa 62(1)g). Cette disposition rend recevables les déclarations faites par un inculpé à un responsable à propos de son état d'esprit ou de son état émotionnel. Si la déclaration dont il est question dans cet alinéa ne doit pas forcément être une déclaration directe indiquant l'état d'esprit ou l'état émotionnel de l'inculpé (*par exemple, j'ai peur*), mais plutôt une déclaration qui pourrait être une preuve indirecte de son état d'esprit ou de son état émotionnel, il semblerait alors que de nombreuses déclarations qui par déduction peuvent être utilisées comme preuve de l'état d'esprit ou de l'état émotionnel puissent être recevables. En fait, une interprétation de ce genre concorderait avec la portée actuelle de l'exception à la règle du oui-dire telle qu'elle s'applique de façon générale aux personnes autres que l'inculpé dans le contexte des déclarations qu'il peut faire à des responsables. Il semble y avoir une autre condition, à savoir que la déclaration présentée doit être faite avant la survenance des points contestés. On ne comprend pas bien la portée de cette condition ni la façon dont elle restreindra les déclarations de l'inculpé présentées comme recevables sans la tenue d'un voir-dire. A notre avis, les dispositions fondamentales de la Loi uniforme sur la preuve prévoyant quant on peut se servir d'un voir-dire pour déterminer la spontanéité d'une déclaration sont tout à fait inadéquates. Toutes les déclarations faites par un inculpé à un responsable doivent satisfaire aux exigences de la preuve de spontanéité, même les déclarations de res gestae.

Dans ce nouveau code de la preuve, d'autres propositions concernant la norme de la preuve posent des difficultés. Les déclarations d'un inculpé, dans un voir-dire, sont admises en preuve au procès s'il a été établi sur preuve par présomptions que la déclaration était spontanée. Il s'agit, il va sans dire, d'une exception fondamentale à la règle traditionnelle qui exige qu'on prouve, hors de tout doute raisonnable, la spontanéité de la déclaration. Il n'est pas nécessaire d'expliquer en profondeur pourquoi il est souhaitable de s'en tenir à cette règle du «doute raisonnable», mais voici quelques considérations à son appui:

Le degré de preuve requis pour admettre en preuve une confession, bien que différent de la recevabilité d'une autre preuve, est justifié étant donné que la confusion est un genre de preuve particulièrement convaincant et déterminant. Le pouvoir inhérent à ce «témoignage indirect» de l'inculpé justifie le degré le plus élevé, car cet élément de preuve ne devrait pas être transmise au jury s'il constitue une preuve insuffisante.

The higher standard in some ways encourages the investigative arms of the administration of justice involved in obtaining the statement to be more careful and more mindful of the circumstances surrounding the giving of such statements.

The practical experience of these before the Courts proves that it is not difficult, let alone impossible, for the prosecutor to overcome present standard.

The Act in S.64 preserves the classic definition of Voluntariness as meaning without fear of prejudice or hope of advantage as the test in determining the admissibility of an accused's statement. In our view this definition of voluntariness is too narrow and does not adequately respond to the broad range of factors that ought to be considered in determining admissibility.

No person's statement to a person in authority should be used in evidence against him unless it is established that it was made freely; with full knowledge of the consequences of giving a statement, in circumstances that are neither oppressive nor such as to call the administration of justice into disrepute. A statement that has been induced by some other motive or reason than hope, or fear, is in so sense voluntary, [R v Horvath, 1979 7 C.R. (3d) 97 S.C.C. per Spence J. at p. 109] and rigid categorization of the two circumstances which would render a statement inadmissible proposed in S. 64 is regressive. Such a definition suggests that long hours of persistent questioning; the denial of food or drink; the removal of clothing; the naivety or emotional weakness of the accused are not relevant considerations in determining voluntariness. On this test should any or all of the above factors exist, a statement would be admissible because of the absence of threats or promises.

It is neither an adequate nor responsible answer to say that the courts would be free to re-assert the definition of voluntariness that has been developed through the decisions of the past ten years. There is every danger that a court faced with this definition would be forced to conclude that parliaments' intention was to legislatively overrule decisions of the Supreme Court of Canada such as *R v Ward* and *R v Horvath*.

Similar issues are raised by S. 70 which essentially imports the test of "non est factum" in dealing with statements made by persons influenced by alcohol, drugs, illness or other incapacity. It is neither necessary nor wise to attempt to deal with these considerations as being separate from the over-all question of voluntariness. The mental, emotional and physical condition of the accused are all factors that must be considered along with the circumstances of the interrogation. As stated by the then Chief Justice for Ontario, Mr. Justice McRuer, in *R v Washer* (1947) 42 C.C.C. 218; "A voluntary statement means a statement made in a voluntary state of mind, and the requirements of proof of that state of mind are quite varied in different cases." He excluded the statement of the intoxicated accused on the basis that he could not say that the degree of intoxication was not such as to affect the judgment of the accused as to the significance and consequences of answering

Le degré le plus élevé incite en quelque sorte les enquêteurs de l'administration de la justice qui tentent d'obtenir des déclarations à être plus attentifs aux circonstances entourant l'obtention de celles-ci.

La présentation de ces déclarations devant les tribunaux prouve qu'il n'est pas difficile à l'accusation, en tout cas pas impossible, de surmonter la norme actuelle.

A l'article 64, comme critère pour déterminer la recevabilité de la déclaration d'un inculpé, la loi conserve la définition classique de la spontanéité, c'est-à-dire que la déclaration ne doit pas avoir été faite dans la crainte d'un préjudice ni dans l'espoir d'obtenir un avantage. Cette définition de la déclaration spontanée est selon nous trop restreinte et ne prend pas en considération divers facteurs dont il faudrait tenir compte pour déterminer la recevabilité.

Aucune déclaration faite par l'inculpé à un responsable ne devrait être utilisée en preuve contre lui à moins qu'il soit établi qu'elle a été faite librement, en pleine connaissance de cause, dans des circonstances qui ne sont ni oppressives ni ne déconsidèrent l'administration de la justice. Une déclaration qui résulte d'un motif ou d'une raison autre que l'espoir ou la crainte n'est pas nécessairement spontanée (*R.v. Horvath*, 1979 7 C.R. (ed) 97 S.C.C. par Spence J. à la p. 109). Par ailleurs, la catégorisation stricte des deux circonstances qui rendraient une déclaration irrecevable, telle qu'elle est proposée à l'article 64, est régressive. Une définition de ce genre laisse supposer que de longues heures d'interrogatoire rigoureux, le refus de toute nourriture ou boisson, le déshabillage de l'inculpé, la naïveté ou les troubles émotionnels de l'inculpé ne sont pas des considérations pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer la spontanéité. D'après ce critère, même si tous les facteurs mentionnés plus haut étaient présents, une déclaration serait recevable étant donné l'absence de menaces ou de promesses.

Il n'est ni approprié ni responsable de dire que les tribunaux auraient le champ libre pour réaffirmer la définition de la déclaration spontanée qui a été élaborée à partir des décisions rendues depuis dix ans. Il y a le risque qu'un tribunal, aux prises avec cette définition, soit forcé de conclure que le Parlement avait l'intention de renverser par des mesures législatives certaines décisions de la Cour suprême du Canada comme celle des affaires *R. v. Ward* et *R. c. Horvath*.

Des questions du même ordre sont soulevées par l'article 70 qui sous-entend le critère du «non est factum» dans le cas des déclarations faites par des personnes sous l'influence de l'alcool ou d'une drogue ou souffrant d'une maladie ou de toute autre incapacité. Il n'est ni nécessaire ni sage de tenter de tenir compte de ces considérations comme si elles n'avaient rien à voir avec toute la question de la spontanéité. L'état mental, émotionnel et physique de l'inculpé constitue un facteur dont il faut tenir compte au même titre que les circonstances de l'interrogatoire. Comme l'a déclaré M. McRuer, alors qu'il était juge en chef de l'Ontario, dans l'affaire *R. v. Washer* (1947) 42 C.C.C. 218, il faut entendre par déclarations spontanées une déclaration faite en toute connaissance de cause et les exigences concernant la preuve de l'état d'esprit varient énormément d'une affaire à l'autre. Il décida d'exclure la déclaration d'un inculpé intoxiqué étant donné qu'il lui était

police questions. The present law is that intoxication or even mental illness will not per se result in exclusion of a statement. We do not disagree. It is, rather, our position that the law is and should remain that all the surrounding circumstances and factors that bear on the core question of the accused's capacity to freely decide whether or not to answer questions and provide a statement must be considered. It is further our position that no shift in the onus of proof as to the capacity of the accused should be considered, as the evidential burden to adduce evidence of frailty or incapacity which rests upon the accused adequately ensures fairness to the prosecution, without any need to shift the legal burden of proof.

The provisions of S. 70, which sanctions police deception and trickery also raise concerns. This section fails to differentiate between the investigative process and the post arrest and detention stage. We are of the view that the use of police operatives and undercover agents during the investigative process may well be essential in some instances. However, following arrest and detention it would be highly dangerous to permit the prosecution to abuse the right against self-incrimination and improperly discover the defence case by permitting questioning of an accused by persons unknown to him as persons in authority. As Mr. Justice Lamer said in *R v Rothman*, (1981) 59 C.C.C. (2d) 30 (S.C.C.) at p. 75; the community would be shocked by the admissibility of a statement elicited from an accused by a police officer pretending to be a prison chaplain or the duty counsel lawyer. Similar consideration in regard to the deliberate skirting of the solicitor-client relationship caused Mr. Justice Gale, as he then was, to exclude a statement in *R v McCorkell* (1962) 27 C.R.N.S. 155 see also *R v Dinardo* (1981) 61 C.C.C. (2d) 52. It is essential that the integrity of the judicial process and the right to a fair trial in accordance with the principles of fundamental justice be preserved and cherished. In the highly sensitive area of police interrogation of accused persons, "efficiency" must not be permitted to erode essential safeguards.

It is not our intention to in any way support the movement for an extensive codification of the law of evidence as manifested in Bill s.33. The need for such drastic intervention and crystallization of the law is far from clear and certainly not convincing. Instead, the incremental adjustments to the law on a case by case basis as the need arises, has served the administration of justice well. It is a model of legal development with which the community is not only comfortable but also trusting. The wisdom of this approach has been borne out by successive generations who have seen the law develop and expand to meet new social conditions and changing needs. This is not to suggest that some carefully thought out amendments to the law of evidence are not called for. However, in the field of confessions the general common law does not need either a wholesale revamping or codification.

impossible de dire si le degré d'intoxication n'était pas assez élevé pour influencer sur ce que pouvait penser l'inculpé de la signification et des conséquences des réponses qu'il donnait à un policier. Selon la loi actuelle, ni l'intoxication ni même la maladie mentale n'entraîneront en elles-mêmes l'exclusion d'une déclaration. Nous en convenons, mais nous estimons que la loi devrait continuer à préciser qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances et de tous les facteurs ayant trait à la question fondamentale de la capacité de l'inculpé de décider librement de répondre ou de ne pas répondre aux questions, ou de faire une déclaration. Nous estimons également qu'il ne faut pas songer à déplacer le fardeau de la preuve en ce qui concerne la capacité de l'inculpé, étant donné que la charge primaire de fournir des preuves de fragilité ou d'incapacité qui incombe à l'inculpé garantit adéquatement un traitement équitable à la poursuite, sans qu'il y ait lieu de déplacer le fardeau légal de la preuve.

L'article 70, qui approuve le recours à la duperie et à la supercherie par les forces de police, nous inquiète également. Cet article ne fait pas de distinction entre l'enquête et les étapes ultérieures de l'arrestation et de la détention. Nous estimons que le recours à des détectives et à des agents secrets pendant l'enquête peut s'imposer dans certains cas. Toutefois, à la suite de l'arrestation et de la détention, il serait très dangereux d'autoriser le poursuivant à outrepasser le droit contre l'auto-incrimination et à fausser le jeu de la défense en autorisant l'interrogatoire d'un inculpé qui ignorait que les personnes qui l'interrogeaient étaient des personnes en autorité. Comme l'a dit le juge Lamer dans l'affaire *R. c. Rothman* (1981) 59 C.C.C. (2d) 30 (S.C.C.) à la page 75, la population serait scandalisée si l'on admettait en preuve une déclaration qu'un agent de police aurait obtenue d'un inculpé en se faisant passer pour l'aumônier ou le conseiller juridique de service. Une considération analogue concernant l'escamotage délibéré des rapports entre l'avocat et le client ont obligé M. Gale, au moment où il était juge, à exclure une déclaration dans l'affaire *R. c. McCorkell* (1962) 27 C.R.N.S. 155, ainsi que dans l'affaire *R. c. Dinardo* (1981) 61 C.C.C. (2d) 52. Il est essentiel que l'intégrité du processus judiciaire et le droit à un procès équitable conformément aux principes de la justice fondamentale soient préservés et retenus. Dans le domaine très délicat de l'interrogatoire des inculpés par les forces policières, il ne faudrait pas que l'efficacité fasse passer au second plan les garanties essentielles.

Nous n'avons nullement l'intention d'appuyer de quelque façon une codification de grande envergure des dispositions sur la preuve comme celle que tente le projet de loi S-33. Le besoin d'une intervention si draconienne et d'une cristallisation de la loi est loin d'être évident et convaincant. Au contraire, les modifications apportées à la loi au fur et à mesure que le besoin s'en faisait sentir ont bien servi l'administration de la justice. C'est un modèle d'évolution juridique non seulement rassurant pour la population, mais dans lequel elle a confiance. La sagesse de cette approche a été confirmée par des générations successives qui ont vu la loi s'adapter à l'évolution des conditions sociales et des besoins. Cela ne veut pas dire que certaines modifications bien réfléchies du droit de la preuve ne s'imposent pas. Toutefois, dans le domaine des confessions, la common law n'a besoin ni d'une réorganisation complète ni d'une codification.

Keeping this basic approach in mind, it is probably fair to note that some sections of the proposed code dealing with statements are relatively innocuous as they are merely re-statements of the general law. Their potential for harm lies in the unnecessary crystallization and rigidification of these rules. Indeed in a few places, small satisfactory amendments have been made in areas receiving clarification or change. The following sections would appear to fall within this category:

1. Section 65—This section reverses the DeClerq decision which permitted the prosecutor to ask an accused on the voir dire whether or not his statement was true. This amendment is a sensible modification to the law, as many have commented that the purported rationale of the DeClerq decision is untenable. Theoretically, the answer given by the accused went to his credibility, the difficulty seen by many commentators has been that whatever answer the accused gives would seem to go equally to his credibility leaving the Court, in fact, unassisted on the issue of credibility.
2. Section 67—This section merely permits the Court to examine the contents of the statement to assist in the determination of the issue of voluntariness. I do not understand this to be anything but a statement of the prevailing law giving the Court a discretion to consider the contents of the statement on the issue of voluntariness.
3. Section 68—A restatement of the general law that an accused may admit a statement was voluntary, thereby dispensing with the requirement of a voir dire.
4. Section 66—A restatement of the general law that the fact of statutory compulsion is not determinative, and that all other fact going to the issue of voluntariness must be considered independently of this statutory compulsion.
5. Section 71—This section merely gives a statutory sanction to the customary practice of counsel at a preliminary inquiry. It is a useful aid to the efficient disposition of preliminary inquiries. There is little or no reason why the defence ought to be permitted to force the Crown to recall all the voir dire evidence at the preliminary inquiry. This, of course, does not alter or in any way affect the rights of the accused at his trial.

CONCLUSION

The foregoing discussion is intended in no way to be exhaustive of the concerns generated by this attempt at "codification". Indeed, only some of the important issues have even been raised. The purpose of the discussion is intended primarily to point out that the Uniform Evidence Act is ill considered and precipitous. As well, it is a document imbued with the values and interests of the state promoting "the efficient administration of convicting accused" without due regard for certain fundamental rights and fairness.

En ne perdant pas de vue cette approche fondamentale, il est probablement juste de faire remarquer que certains articles du code proposé touchant les déclarations sont assez inoffensifs, car ce sont de simples reformulations de la loi générale. La possibilité qu'ils puissent causer un préjudice réside dans le fait que ces règles sont inutilement cristallisées et rigidifiées. En réalité, à quelques endroits, de légers progrès ont été accomplis dans des domaines où des éclaircissements ou des changements ont été apportés. Voici les articles qui semblent tomber dans cette catégorie:

1. Article 65—Cet article renverse la décision DeClerq qui autorisait le poursuivant à interroger l'inculpé, lors d'un voir dire, sur la véracité de sa déclaration. Il s'agit là d'une modification sensée, étant donné qu'un grand nombre de personnes soutiennent que le prétendu raisonnement qui expliquerait la décision DeClerq est indéfendable. Théoriquement, la réponse donnée par l'inculpé contribuait à sa crédibilité. La difficulté, selon de nombreux commentateurs, c'est que n'importe quelle réponse donnée par l'accusé semblerait contribuer également à sa crédibilité, le tribunal devant alors trancher seul la question de la crédibilité.
2. Article 67—Cet article permet simplement au tribunal de se servir du contenu de la déclaration pour déterminer si celle-ci était spontanée. Il ne s'agit selon moi que d'une reprise d'une disposition de la loi actuelle accordant au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'examiner le contenu de la déclaration lorsqu'il s'agit de déterminer si celle-ci était spontanée.
3. Article 68—Reformulation du principe général voulant qu'un inculpé puisse admettre qu'une déclaration était spontanée, rendant inutile un voir dire.
4. Article 66—Reformulation du principe générale voulant que le fait qu'il y ait obligation légale de faire une déclaration ne soit pas décisif, et qu'il faille tenir compte de tous les autres faits contribuant à la détermination de la spontanéité, indépendamment de cette obligation légale.
5. Article 71—Cet article ne fait que légaliser la coutume établie par les avocats à l'enquête préliminaire. Celle-ci permis en effet d'expédier efficacement les enquêtes préliminaires. Il n'y a pour ainsi dire aucune raison pour que la défense ne puisse obliger la Couronne à rappeler toutes les preuves présentées lors d'un voir dire, à l'enquête préliminaire. Ceci, il va sans dire, ne modifie en rien les droits de l'inculpé au moment de son procès.

CONCLUSION

Il n'était aucunement question dans l'analyse ci-dessus d'aborder tous les problèmes que pose cette tentative de codification. En réalité, seules quelques-unes des questions importantes ont été soulevées. Cette discussion vise surtout à faire remarquer que la Loi uniforme sur la preuve est inconsiderée et précipitée. Il s'agit, en outre, d'un document imprégné des valeurs et des intérêts de l'État en ce qui concerne l'établissement de la culpabilité des accusés, mais qui fait peu de cas de certains droits fondamentaux et de l'impartialité.

HEARSAY AND PRIOR CONSISTENT STATEMENTS

SUBMITTED BY BRUCE DURNO

and PAUL STERN

GENERAL SCOPE OF PAPER:

This draft paper will concern itself with the definition of "hearsay" and "statement" contained in Section 2 of the Bill, the re-organization of hearsay contained in Sections 45-62 inclusive of the Bill, the extent to which the credibility of the non-testifying declarant may be tested within Section 73 of the Bill, and the Previous Statements part of the Bill at Sections 115-120, inclusive. Reference should also be made to the "General Rule" contained in Section 22 of the Bill in reference to the application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and more particularly in reference to Section 22(ii) providing for the exclusion of otherwise admissible where the admissibility "is tenuous, the probative force of which is trifling in relation to the main issue in the admission of which would be greatly prejudicial to a party".

THE DEFINITIONS OF "HEARSAY" AND "STATEMENT"

As may become apparent, the Bill may serve to render admissible "double hearsay". This risk could probably be eliminated by the addition of a limitation to the definition of "statement". A comparison may be made to the recommendations contained in the Ontario Law Report Commission "Report on the Law of Evidence" of 1976 where at page 16 this recommendation was contained:

- (1) In this section "statement" means any representation of fact, whether in words or otherwise, made to a witness called to give evidence.

It is suggested that the addition at the end of the definition of statement contained in the Bill of "made to a witness called to give evidence" would rectify the double hearsay problem rather simply.

THE HEARSAY SECTIONS: A COMMENTARY ON PARTICULAR SECTIONS

The Ontario Law Reform Commission "Report on the Law of Evidence" discussed the core problem of hearsay as follows at page 12:

"Unquestionably, relevant and useful evidence is excluded in many cases because of the rule, where no harm would be done by admitting it. A real issue is whether the objections to hearsay evidence go to its admissibility or to the weight that a trier of fact should give to it. If the dangers inherent in admitting hearsay or such that a trier of fact is likely to give such improper weight to the evidence as to lead to a wrong conclusion, the rule should be an exclusionary one with the exceptions confined within narrow definable limits. If, on the other hand, the trier of fact is likely to weigh hearsay statements in the light of all the circumstances and to give them the weight

LES OUI-DIRE ET LES DÉCLARATIONS ANTÉRIEURES COMPATIBLES

PRÉSENTÉ PAR

BRUCE DURNO ET PAUL STERN

DÉLIMITATION DU SUJET:

Dans ce document préliminaire, les auteurs étudieront la définition que l'on donne des termes «oui-dire» et «déclaration» à l'article 2 du projet de loi, les nouvelles dispositions relatives au «oui-dire» que l'on trouve dans les articles 45 à 62 inclusivement, la mesure dans laquelle l'article 73 permet de vérifier la crédibilité de l'auteur d'une déclaration lorsque celui-ci n'est pas cité à témoigner, et enfin, la partie du projet de loi qui traite des déclarations antérieures, soit les articles 115 à 120 inclusivement. Il sera également question des «Dispositions générales» énoncées à l'article 22 du projet de loi en ce qui a trait à l'application de la Charte canadienne des droits et libertés, et plus particulièrement du paragraphe (2) de cet article qui permet à un tribunal d'écarter un élément de preuve «dont la recevabilité tient à une subtilité, dont la force probante est négligeable par rapport au principal et dont l'admission porterait un préjudice grave à une partie».

DÉFINITION DES TERMES «OUI-DIRE» ET «DÉCLARATION»

Comme le lecteur pourra s'en rendre compte, ce projet de loi pourrait avoir pour effet de rendre admissibles les «oui-dire» cumulatifs. Or, on pourrait éliminer ce risque en ajoutant une précision supplémentaire à la définition de «déclaration». Il serait utile à cet égard de se reporter aux recommandations faites par la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans le rapport qu'elle a présenté en 1976 sur le droit de la preuve, où elle proposait notamment, à la page 16, que soit adoptée la définition suivante:

- (1) Dans cette partie, le mot «déclaration» s'entend de toute assertion faite verbalement ou par écrit ou de quelque autre façon à une personne citée à témoigner.

Les auteurs sont d'avis qu'on pourrait régler facilement le problème de ouïdire cumulatifs en ajoutant à la fin de la définition donnée dans le projet qu'il s'agit d'une assertion «faite à une personne citée à témoigner».

REMARQUES SUR CERTAINS ARTICLES PORTANT SUR LES OUI-DIRE

À la page 12 de son rapport sur le droit de la preuve, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a évoqué le fond du problème des oui-dire en ces termes:

«De toute évidence, il arrive souvent qu'un tribunal écarte des preuves pertinentes et utiles en raison de la règle du oui-dire, alors qu'il n'y aurait pas de mal à en autoriser la présentation. Or, il existe un véritable problème pour ce qui est de savoir si les objections à l'égard des oui-dire portent sur leur admissibilité ou sur le poids que devrait y accorder le juge des faits. Lorsque la nature des oui-dire est telle que le juge des faits risque de ne pas bien peser leur importance, de sorte qu'il en résulterait une conclusion erronée, la règle devrait avoir un effet d'exclusion générale et ne permettre de dérogations que dans les limites bien précises. Si par contre ces déclarations sont

that those circumstances warrant, there should not be a general exclusionary rule.

Unfortunately, little is known about the psychological processes by which weight is given to evidence, or how inferences are drawn. No scientific studies are available to assist us in determining whether the ordinary jurymen would or would not attach the same importance to direct testimony as he would to hearsay evidence, or whether he is capable of distinguishing between the two and attaching the appropriate weight to hearsay evidence. We have grave doubts whether this can be determined by scientific research."

SECTION 45(3)

This Section, designed to permit the Court to override the general inadmissibility of hearsay (*Section 45(1)*) or the inadmissibility of double hearsay where the declarant is available (*Section 56(a)*) would appear to be far too vague. While *Section 45(4)* makes any exception which is created a question of law, no doubt being designed to permit the appellate courts to provide guidance, it is suggested that what is meant by "the criteria for the exception sufficiently guarantee the trustworthiness of the statement" could be better stated. Presumably "criteria" will direct the court to consider the usual hearsay dangers applicable in the declarant's situation but what is meant by "sufficiently guarantee". The *Section 22(2)* tenuous admissibility/trifling probative value/gravely prejudicial balancing factor would have to be considered but it is suggested that as well the consideration of necessity should be injected. It is suggested that the situations where the declarant is available but his hearsay statement is admitted should be minimized. Concerns in this area are somewhat reduced by *Section 73* which permits the party against whom the hearsay is admitted to call the declarant and with leave to cross-examine him. None the less, it is suggested that the rule requiring the best evidence is a sensible one and that exceptions thereto should be minimized. It is suggested that as well the Court should perhaps be directed to consider whether the value of the offered evidence is outweighed by a confusion and likelihood of a waste of time which could result from its being admitted.

SECTION 46

It is suggested that the last line of *Section 46* read:

"... in which the declarant is called as a witness, recalls making that statement of identification and adopts it or was sworn and subject to cross-examination by the party against whom the statement is being offered at the time of

telles que le juge des faits aura tendance à les considérer à la lumière de toutes les circonstances et à déterminer leur poids en conséquence, il n'y aurait pas lieu d'appliquer une exclusion générale.

Malheureusement, nous connaissons mal les phénomènes psychologiques qui nous portent à accorder plus ou moins d'importance à des éléments de preuve ou à en tirer telle conclusion plutôt que telle autre. Nous ne disposons pas non plus d'études scientifiques qui pourraient nous aider à déterminer si le juré moyen considère sur un pied d'égalité les oui-dire et les témoignages directs, ou s'il est capable de distinguer entre les deux et d'accorder aux oui-dire l'importance qu'ils méritent. Nous doutons fort que la question puisse être tranchée au moyen de recherches scientifiques.

PARAGRAPHE 45(3)

Ce paragraphe, qui a pour but de permettre aux tribunaux de déroger à l'exclusion générale des oui-dire (*paragraphe 45(1)*) ou à l'inadmissibilité des oui-dire cumulatifs lorsque l'auteur de la déclaration est disponible (*paragraphe 56(a)*), semble beaucoup trop vague. Bien que le *paragraphe 45(4)* fasse de la création d'une dérogation une question de droit, sans doute pour permettre aux tribunaux d'appel de décider des grandes lignes à suivre à cet égard, les auteurs estiment qu'il y aurait lieu de préciser davantage ce que l'on entend par «des critères permettant d'établir qu'une déclaration est digne de foi». L'exigence relative aux «critères» incitera sans doute les tribunaux à examiner les risques que comportent généralement les oui-dire compte tenu de la situation de l'auteur de la déclaration, mais que fait-il entendre par ce «permettant d'établir»? Les tribunaux devront bien sûr se reporter aux critères énoncés au *paragraphe 22(2)* en ce qui concerne les éléments de preuve dont la recevabilité tient à une subtilité, dont la force probante est négligeable et dont l'admission porterait un préjudice grave; mais les auteurs soutiennent qu'ils auraient également intérêt à se pencher sur la question de la nécessité. Aussi faudrait-il permettre le moins souvent possible que des oui-dire soient présentés lorsque l'auteur de la déclaration est disponible. Toutefois, les inquiétudes à cet égard sont quelque peu atténuées du fait que l'article 73 permet à la partie contre laquelle un oui-dire est reçu de citer l'auteur à témoigner et de le soumettre à un contre-interrogatoire. Les auteurs sont néanmoins convaincus du bien-fondé de la règle exigeant la présentation des preuves les plus probantes et souhaiteraient qu'il y ait le moins possible de dérogation à cette règle. Il conviendrait peut-être également de demander aux tribunaux de décider si la valeur des éléments de preuve que l'on cherche à présenter est telle qu'on serait justifié d'en autoriser la présentation en dépit de la confusion et de la perte de temps qui pourraient en résulter.

ARTICLE 46

Il est proposé qu'on ajoute à la fin de cet article ce qui suit:

«... au cours de laquelle (l')auteur (de la déclaration) est cité comme témoin, sous réserve qu'il se souvienne d'avoir fait cette déclaration et qu'il la fasse sienne ou que, ayant été assermenté, il ait pu, au moment où il a fait sa

making the prior statement containing an eye witness identification.”

SECTION 48

It is suggested that Section 48 adds nothing to the Bill. It is expressly made “subject to Section 163”. Section 163 provides that should the prior statement be inconsistent with “present testimony” it may be received “for the sole purpose of challenging” the credibility of the witness. It should be noted that the Section 163 limitation applies to witnesses who claim protection under Section 161 but are compelled to answer. Section 48 adds nothing to that situation nor, having regard to Section 120, does it add anything to any other situation. Section 117 provides for proof of the not admitted previous inconsistent statement. Section 118 provides for proof of the prior consistent statement where the witnesses credibility has been challenged. Section 120 provides that the Section 117 or Section 118 proven previous statement “may be used for all purposes” where among other things it was made under oath or affirmation and the witness was subject to cross-examination. The “subject to cross-examination” problem will be discussed subsequently.

SECTION 49(3): THE UNAVAILABLE DECLARANT

It is suggested that this Section should read as follows:

In a criminal proceeding, a declarant or his testimony shall be considered to be unavailable only if the declarant is:

- (a) deceased, or
- (b) unfit to testify by reason of his physical incapacity and not likely to be fit within a reasonable time, or
- (c) unfit to testify by reason of his mental incapacity and unlikely to be fit within a reasonable time but such incapacity shall not render the declarant “unavailable” if the declarant’s condition is substantially the same as it was at the time of the making of the statement sought to be tendered.

It is hoped that these changes will prevent the police officer who broke his leg skiing on the weekend before the trial being declared “unavailable”, and will also prevent the declarant who was mentally unstable at the time of observing the matters to be declared to from being excused subject only to the opponents Section 73 right to call such person with leave. It is felt that the mentally fit declarant who was unfit at the time of making the statement should be called as a witness in order that the evidential burden of demonstrating unfitness at the relevant time does not pass to the opponent.

déclaration antérieure contenant l’identification d’une personne par un témoin oculaire, être contre-interrogé par la partie contre laquelle la déclaration a été reçue.

ARTICLE 48

De l’avis des auteurs, l’article 48 n’ajoute rien au projet de loi. Il est dit expressément que ses dispositions s’appliquent «sous réserve de l’article 163», lequel prévoit que la déclaration antérieure d’un témoin qui est incompatible avec le témoignage qu’il rend est recevable «en vue uniquement d’attaquer sa crédibilité». Il convient de noter que la limitation prévue par l’article 163 s’applique aux témoins qui, bien qu’ils réclament la protection accordée aux termes de l’article 161, se voient obligés de répondre aux questions qu’on leur pose. Or, l’article 48 ne change rien à cette situation ni, étant donné les dispositions de l’article 120, à quelque autre situation que ce soit. L’article 117 permet de faire la preuve d’une déclaration antérieure incompatible que le témoin nie avoir faite, tandis que l’article 118 permet de faire la preuve d’une déclaration antérieure compatible d’un témoin dont la crédibilité est attaquée. Aux termes de l’article 120, une déclaration antérieure compatible ou incompatible «est recevable à toutes fins», notamment si elle a été faite sous serment ou sous affirmation solennelle par un témoin susceptible d’être contre-interrogé. Le problème que soulève la condition voulant que le témoin soit «susceptible d’être contre-interrogé» sera examiné ultérieurement.

PARAGRAPHE 49(3): NON-DISPONIBILITÉ DE L’AUTEUR DE LA DÉCLARATION

Il est proposé que cet article soit ainsi reformulé:

En matière criminelle, une personne—ou son témoignage—est jugée ne pas être disponible:

- a) si elle est décédée;
- b) si elle est incapable de témoigner en raison de son état physique et ne sera probablement pas en mesure de le faire dans un délai raisonnable;
- c) si elle est incapable de témoigner en raison de son état mental et ne sera probablement pas en mesure de le faire dans un délai raisonnable; mais elle ne saurait être considérée comme «non-disponible» en raison de cette incapacité si son état était à peu près le même au moment où elle a fait la déclaration qu’on cherche à rapporter.

Il est à espérer que ces modifications empêcheront qu’un agent de police qui s’est fracturé la jambe en skiant au cours du week-end précédent le procès soit déclaré «non disponible» et que l’auteur de la déclaration qui était mentalement instable au moment où il a été témoin des faits soit déclaré non disponible, à moins que la partie adverse, en vertu de l’article 73, ne le cite à témoigner avec l’autorisation du tribunal. Nous croyons que l’auteur d’une déclaration qui est sain d’esprit, mais qui ne l’était pas au moment de la déclaration, devrait être appelé à témoigner afin que la charge de la preuve morale de son inaptitude au moment pertinent n’incombe pas à la partie adverse.

SECTION 52: STATEMENTS IN THE COURSE OF DUTY

It is suggested that the previously discussed restriction of the meaning of "unavailable" and the clarification of the meaning of "statement" may serve to reduce the apparent breadth of this Section. The requirement that "the statement was made at or about the time the duty was performed", being a condition precedent to admissibility, it is hoped would have to be proven outside the contents of the statement itself. Should there be any doubt, this should be made clear.

Of particular concern is subsection 2 of Section 52. It is suggested that the inherent assumption that a police officer's notes or other records are more trustworthy than those of a lay persons may be in error. It is suggested that at the very least matters within this subsection should clearly be to the personal knowledge of the declarant. As well, it is suggested that this subsection demonstrates why all matters flowing from a hearsay exception and particularly this exception should be subject to the Section 125(2) mandatory warning. It is suggested that a trial by notebook when all of the investigating officers had been skiing on the weekend before the trial would be most unsatisfactory. It may be that there should be a requirement that there be direct evidence tending to prove the fact being asserted on the balance of probabilities before the police officer's notebook will be admissible due to his unavailability. It may be useful to include the phrase which appears in Section 53: "and, according to evidence from a source other than the declarant", the fact being asserted is true, in the Section 52(2) exception.

SECTION 54

It is suggested that the inclusion of the words "or proposed contents" does not make sense given that a condition precedent to the operation of this Section is that "the testamentary document has been lost or destroyed". It is difficult to understand what this Section is designed to achieve as worded.

SECTION 55

The requirement that the statement "was to the declarant's immediate prejudice at the time it was made" would seem to mean that the only statement against pecuniary, proprietary or penal interest that would be admissible under this Section would be one made to a police officer or to a potential opposing party litigant. It is suggested that the statement against penal interest of a vanished perpetrator to his close friend where the close friend was driven by conscience to come forward in the middle of the trial of an innocent party should be admissible. Under this Section it is not. It is suggested that the requirement simply be that the statement "was reasonably to the declarant's prejudice at the time it was made".

Furthermore, the requirement that the declarant "had personal knowledge of the matter" adds nothing to the Section. If the declarant did not have personal knowledge how could the matter declared ever be to his prejudice.

ARTICLE 52: DÉCLARATION DANS L'EXERCICE D'UNE FONCTION

Nous croyons qu'en restreignant le sens des termes «qui n'est pas disponible» et en précisant le sens de «déclaration», comme nous l'avons suggéré précédemment, atténuerait les problèmes que risque de poser cet article. En outre, pour être admissible, la déclaration doit avoir été «faite dans l'exercice d'une fonction», il est à espérer, cependant, qu'on se servira d'éléments autres que le contenu de la déclaration pour le prouver. Cela devra être précisé le cas échéant.

Le paragraphe 2 de l'article 52 nous préoccupe particulièrement. Il pourrait être erroné de croire que les notes ou tout autre document d'un agent de police sont plus fidèles que ceux d'un profane. A notre avis, les points auxquels s'applique ce paragraphe devraient à tout le moins être connus de l'auteur de la déclaration. Nous croyons en outre que ce paragraphe démontre pourquoi toutes les questions découlant d'une dérogation à la règle des oui-dire, et notamment de celle-ci, devraient être soumises à l'application des dispositions du paragraphe 125(2) concernant les directives à donner. Il serait tout à fait inacceptable selon nous qu'un procès s'appuie seulement sur des notes si tous les enquêteurs étaient allés faire du ski le week-end précédent le procès. Il serait peut-être souhaitable d'exiger une preuve directe du fait affirmé sur preuve par présomption avant de juger comme recevables les notes d'un agent de police qui n'est pas disponible pour témoigner. Il serait peut-être utile d'inclure au paragraphe 52(2) la phrase qui paraît à l'article 53: «et s'il est établi par une preuve provenant d'une autre source que le témoignage de cette personne» que le fait affirmé est vrai.

ARTICLE 54

Nous sommes d'avis que l'inclusion des termes «une disposition qu'elle entendait y inclure» n'a aucun sens étant donné que cet article ne s'appliquerait que «si le testament a été perdu ou détruit». Nous n'arrivons pas à saisir l'objet de cet article tel qu'il a été formulé.

ARTICLE 55

Étant donné que cet article stipule que «au moment où elle a été faite, cette personne savait que la déclaration allait à l'encontre de ses intérêts», il semblerait que, pour être recevable comme preuve, une déclaration qui irait à l'encontre des intérêts pécuniaires ou patrimoniaux d'une personne, ou qui serait de nature à la rendre passible d'une peine en vertu de cet article, devrait avoir été faite à un agent de police ou à un plaideur éventuel d'une partie adverse. Nous croyons qu'une déclaration de nature à rendre l'auteur d'un crime passible d'une peine, faite à un ami intime avant de disparaître, et révélée par celui-ci par acquis de conscience au milieu du procès d'une partie innocente, devrait être recevable comme preuve. Ce n'est pas le cas aux termes de cet article. Nous pensons que cela suffirait si l'auteur de la déclaration, «au moment où elle a été faite, pouvait être fondé à croire qu'elle allait à l'encontre de ses intérêts».

En outre, la condition résultant que l'auteur de la déclaration «connaissait, pour en avoir constaté l'existence, les faits qui y sont relatifs» n'ajoute rien au paragraphe. Si cette personne ne connaissait pas les faits, il est difficile de voir

Furthermore, the requirement that the declarant "knew it to be against his interest" would, it is suggested, be an impossible condition precedent to prove given that the Section presupposes the absence of the declarant. It is suggested that the use of the word "reasonably" in reference to "the declarant's prejudice" would permit a court to more intelligently deal with this sort of exception.

With reference to subsection (2), which provides that a court may exclude a statement against penal interest in the absence of other evidence implicating the declarant or where there is evidence "tending to establish collusion" it is suggested that these matters should simply give rise to a warning regarding this sort of evidence but should not result in an exclusion.

Furthermore, it is suggested that the test applicable to "collusion" is not stringent enough and that the otherwise prescribed test for a party seeking to establish an exception, being the balance of probabilities, should be applied.

An interesting problem could arise in a situation where A, B, and C were co-accused in a crime. B made a full confession implicating A and C. A and C made no statements. B then disappeared. It would seem on a reading of the Section as framed that Z's statement, against penal interest, to the police so that there was immediate prejudice to his knowledge, could be admissible against A and C. It is suggested that the only solution may be to provide that a statement within this Section is not admissible at the instance of the prosecution.

SECTION 56

This Section solves some of the problems referred to with reference to Section 52 by requiring first hand knowledge for exceptions under Section 50-55.

With reference to Section 56(b) it is suggested that the burden therein should clearly be on the opponent against whom the statement is being tendered and that the legal test to be applied should be the ordinary test of proof in the proceedings wherein the statement is being tendered. It would seem that Section 56(b) invites an obstruct of justice trial within a *voir dire*.

SECTION 58: STATEMENT BY PERSON ENGAGED IN COMMON PURPOSE

A common criticism of this Section relates to what is meant by "it is established by evidence". Presumably this means on the balance of probabilities.

It is suggested that it is unclear what is meant by "by evidence from a source other than the declarant". Could the prosecutor tender statements in furtherance by two co-conspirators against a third?

comment sa déclaration pourrait aller à l'encontre de ses intérêts.

De plus, il serait extrêmement difficile de prouver que l'auteur de la déclaration «savait que la déclaration allait à l'encontre de ses intérêts», étant donné que ce paragraphe ne s'appliquerait que s'il n'était pas disponible pour témoigner. Nous croyons que l'ajout des termes «fondé à croire», aux termes «qu'elle allait à l'encontre de ses intérêts» permettrait à un tribunal d'interpréter de façon plus intelligente ce genre d'exception.

Quant au paragraphe (2) qui stipule que le tribunal peut refuser de recevoir en preuve une déclaration susceptible de rendre son auteur passible d'une peine si aucune autre preuve ne tend à incriminer celui-ci ou s'il existe une preuve «tendant à établir qu'il y a eu collusion», nous croyons que ce genre de preuve devrait tout simplement donner lieu à une directive au lieu de constituer une dérogation.

Nous avons en outre l'impression que le critère applicable à la «collusion» n'est pas assez strict et que le critère que doit normalement utiliser une partie qui cherche à obtenir une dérogation, c'est-à-dire la preuve par présomptions, devrait s'appliquer.

Un problème intéressant pourrait se poser si A, B et C étaient accusés d'un même crime. B ferait une déclaration complète impliquant A et C, A et C ne feraient aucune déclaration. Puis B disparaîtrait. Il semblerait, à la lecture du paragraphe tel qu'il est formulé, que la déclaration de Z à la police, si elle le rendait passible d'une peine et s'il savait, au moment où elle a été faite, qu'elle allait à l'encontre de ses intérêts, serait admissible comme preuve contre A et C. Nous croyons que la seule solution possible consisterait à stipuler qu'une déclaration, aux termes de ce paragraphe, n'est pas recevable comme preuve sur la demande du poursuivant.

ARTICLE 56

Cet article résout certains des problèmes mentionnés par rapport à l'article 52, en exigeant que le témoin ait eu directement connaissance des faits en ce qui concerne les dérogations prévues aux articles 50 à 55.

Pour ce qui est de l'alinéa 56b), nous croyons que la charge devrait incomber à la partie adverse contre qui la déclaration a été rapportée, et que le critère juridique applicable devrait être le critère ordinaire de la preuve utilisé dans les procès où la déclaration est rapportée. Il semblerait qu'il puisse y avoir entrave au cours de la justice en vertu de l'alinéa 56b), à cause, d'un *voir dire*.

ARTICLE 58: DÉCLARATION D'UNE PERSONNE POURSUIVANT UNE FIN COMMUNE

Une des critiques formulées le plus souvent au sujet de cet article porte sur la signification des mots «s'il est démontré, par une preuve». Il faut présumer que cette expression renvoie au poids des probabilités.

Nous estimons que le sens de l'expression «par une preuve provenant d'une source autre que le témoignage de cette personne» n'est pas clair. Cela signifie-t-il que le poursuivant pourrait rapporter des déclarations de deux complices pour en incriminer un troisième?

Reference is made to the judgment of Mr. Justice McIntyre in *Regina v. Carter* (June 23, 1982) and in particular the statement:

"In attempting to deal with this question, judges are confronted, on the one hand, with the well settled rule that recognizes the agency principle in connection with conspiracy in criminal law, but must, none the less, be deeply sensible of the grave injustice which could result from the application of the conspirator's exception to the hearsay rule to a person not, in fact, shown to be a member of the conspiracy. The approach generally adopted has been to take the matter in two stages and to require a determination in the case of each accused of the issue of his membership in the conspiracy, on the basis of evidence directly admissible against him before permitting the application of the exception in order to reach a determination of the larger issue of his guilt, or innocence, on the charge in the indictment."

It is suggested that the Section read, in its concluding lines:

"If it is established on the balance of probabilities by evidence admissible other than pursuant to this Section that the party was engaged in the common purpose."

SECTION 61: STATEMENTS BY AGENTS OF EMPLOYEES

It is interesting to note the apparent distinction made between summary conviction and indictable offences. I wonder whether having regard to Section 57 these Sections add anything. Under Section 57 a statement is admissible is made by a person authorized by the accused to make a statement concerning the matter. Comparing 61(1) and 61(2) it would seem that in relation to summary conviction offences there is a greater admissibility of statements made by agents or employees than would be the case in relation to indictable offences pursuant to 61(2).

For simplification, it is suggested that Section 57 be amended by deleting "or if it was made by a person he authorized to make a statement concerning the matter" or alternatively add at the beginning of the Section "in a civil proceeding". Furthermore it is suggested that within Section 61(1) "or criminal" be deleted and in 61(2) "by way of indictment" be eliminated thereby clarifying the entire area.

SECTION 62 (ADMISSIBLE HEARSAY, AVAILABILITY OF DECLARANT IMMATERIAL)

Section 62(b)

Considering that Section 53, which makes hearsay admissible when the declarant is unavailable, applies in only criminal matters in relation to evidence of family history, it is suggested that is inappropriate to have this broad exception contained in 62(b) which would operate whether or not the declarant is available. This exception may have some relevance in civil matters. Its application should be limited to civil cases. It is suggested that it read:

Il convient de noter à ce sujet le jugement rendu par le juge McIntyre dans l'affaire *Regina v. Carter* (le 23 juin 1982), et en particulier l'extrait suivant:

«Pour résoudre cette question, les juges doivent tenir compte, d'une part, de la règle bien établie qui reconnaît, en droit criminel, le principe de la concertation dans les cas de complot, mais ils doivent être bien conscients d'autre part, de l'injustice grave qu'ils pourraient commettre en appliquant, à une personne dont il n'est pas prouvé qu'elle a pris part au complot, l'exception prévue à la règle du oui-dire pour le cas des comploteurs. Ils décident donc généralement de procéder en deux étapes, en tenant d'abord d'établir la participation de chaque accusé au complot en se fondant sur des éléments de preuve directement admissibles contre lui, avant d'appliquer cette exception afin de déterminer de façon plus générale la culpabilité ou l'innocence de chacun en ce qui a trait aux accusations pesant contre lui.»

Les dernières lignes de l'article devraient donc se lire comme ceci:

«S'il est démontré, selon le poids des probabilités et par une preuve recevable autre que celle prévue dans le présent article, que cette personne poursuivait une telle fin.»

ARTICLE 61: DÉCLARATIONS DE MANDATAIRES OU D'EMPLOYÉS

Il est intéressant de noter la distinction que semblent faire les auteurs du projet de loi entre les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et les actes criminels. Je me demande si, compte tenu du libellé de l'article 57, les paragraphes 61(1) et (2) ajoutent quoi que ce soit au texte. En effet, en vertu de l'article 57, une déclaration est recevable si elle est faite par une personne autorisée par l'inculpée. Si l'on compare les paragraphes 61(1) et (2), il semble que les déclarations de mandataires ou d'employés soient recevables plus facilement dans le cas d'infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité que dans le cas d'actes criminels, dont il est question au paragraphe 61(2).

Pour simplifier, nous suggérons donc de modifier l'article 57 en supprimant les mots «ou autorisé», ou encore en ajoutant au début de l'article l'expression «en matière civile». Par ailleurs, nous proposons de supprimer au paragraphe 61(1) les mots «or criminal», dans la version anglaise, et au paragraphe 61(2), les mots «par voie de mise en accusation», afin de clarifier toute cette question.

ARTICLE 62 (EXCEPTIONS À LA RÈGLE DU OUI-DIRE ET NON-PERTINENCE DE LA DISPONIBILITÉ DE L'AUTEUR D'UNE DÉCLARATION)

Alinéa 62(1)b)

En vertu de l'article 53, une preuve par oui-dire est recevable lorsqu'elle vient d'une personne qui n'est pas disponible pour témoigner. Toutefois, comme cette disposition ne s'applique qu'en matière criminelle en ce qui concerne la famille de cette personne, nous trouvons injustifiée l'exception générale prévue à l'alinéa 62(1)b), que le témoin soit disponible ou non. Cette exception pourrait cependant avoir une certaine utilité en matière civile et devrait par conséquent être limitée à ce

“(b) In a civil proceeding a statement contained in a family Bible of similar family record concerning a member of the family”

Section 62(d)

Once again, it is suggested that this exception read:

“(d) In a civil proceeding, a statement contained in a formerly executed document purporting to be produced from proper custody and executed twenty years or more before the time it is tendered in evidence.”

The Section as framed would seem to mean that any old letter, between non-parties, if over twenty years old and otherwise relevant could be admitted for its truth. It is noted that the Section 56 limitation making first hand knowledge of the producing witness that the declarant made the statement does not apply to Section 62. Section 62(d) seems unduly broad for criminal cases in particular considering the amount of hearsay which could be contained in the old letter.

SECTION 62(h) and 62(i): SPONTANEOUS STATEMENTS

Section 62(h) and (i) and to be considered along with Section 62(2).

Reference should be made to the statement of Mr. Justice Ritchie in *R. v. Graham* (1972), 7 C.C.C. (2d) 93 at page 99, as approved in *R. v. Risby* (1978), 39 C.C.C. (2d) 567, wherein His Lordship said:

“Explanatory statements made by an accused upon his first being found ‘in possession’ constitute a part of the *res gestae* and are necessarily admissible in any description of the circumstances under which the crime was committed . . .”

It would seem that in 62(1)(i) the Bill would make the *Graham* and *Risby* sort of statement only admissible, pursuant to 62(2), where the accused testified and would prevent cross-examination of other witnesses to the statement as to its having been made. It is suggested that this is very unfair. By the wording of 62(2) numerous witnesses called by the Crown to the statement being made could not be asked whether or not it was made. Then when the accused testified he could say he made the statement and presumably if the Crown avoided a suggestion of recent fabrication the evidence of all those others who heard the statement being made would not be admissible. This, it is submitted, would make the accused appear to be creative in testifying he made the statement when in fact available evidence would demonstrate that he did.

The existence of 62(1)(h) would seem by its wording to overlap. Presumably any statement made by an accused, and

secteur. Nous proposons donc que cet alinéa se lise comme ceci:

«b) en matière civile, la déclaration contenue dans une bible ou un autre document de famille concernant un membre de la famille».

Alinéa 62(1)d)

Encore une fois, nous suggérons que cet alinéa se lise comme ceci:

«d) en matière civile, la déclaration contenue dans un document en bonne et due forme qui, selon toute apparence, est sous bonne garde et date d’au moins vingt ans».

Cet alinéa tel qu’il est libellé actuellement, semble impliquer que toute vieille lettre échangée entre des personnes qui ne sont pas parties au procès pourrait être recevable comme preuve de véracité si elle date de plus de vingt ans et si elle est pertinente sur d’autres points. Il faut souligner que la restriction énoncée à l’article 56 au sujet de la déclaration rapportée par un témoin qui n’en a pas eu lui-même directement connaissance ne s’applique pas à l’article 62. L’alinéa 62(1)d) semble donc trop général dans le cas d’actes criminels, particulièrement si l’on tient compte des nombreux oui-dire que peut contenir une vieille lettre.

ALINÉAS 62(1)h et i): DÉCLARATIONS SPONTANÉES

Les alinéas 62(1)h) et i) ne peuvent être dissociés du paragraphe 62(2).

Il faut citer à ce sujet le jugement rendu par le juge Ritchie dans l’affaire *R. v. Graham* (1972), 7 C.C.C. (2nd) 93, à la page 99, et confirmé dans l’affaire *R. v. Risby* (1978), 39 C.C.C. (2nd) 567:

«Les déclarations explicatives faites par l’inculpé lorsqu’il est trouvé «en possession» constituent une partie de la *res gestae* et sont nécessairement recevables dans toute description des circonstances entourant le crime . . .»

Or, l’alinéa 62(1)i) du projet de loi semble signifier qu’une déclaration comme celles dont il était question dans les affaires *Graham* et *Risby* ne serait recevable, en vertu du paragraphe 62(2), que si l’inculpé avait témoigné lui-même; il serait donc impossible de demander à d’autres témoins, en contre-interrogatoire, s’ils ont effectivement eu directement connaissance de cette déclaration. Cette disposition serait selon nous tout à fait injuste. Étant donné le libellé du paragraphe 62(2), de nombreux témoins cités par la Couronne pour confirmer qu’une telle déclaration a bien été faite ne pourraient même pas se faire poser la question. Par la suite, lors de son témoignage, l’inculpé aurait beau affirmer avoir fait cette déclaration, les témoignages de toutes les autres personnes ayant entendu cette dernière seraient probablement irrecevables, sauf si la Couronne prétendait que l’inculpé venait de l’inventer de toutes pièces. C’est en effet ce que les apparences pourraient laisser croire, alors qu’il existerait en fait des preuves démontrant que la déclaration a effectivement été faite.

Il semble y avoir chevauchement avec l’alinéa 62(1)h), tel qu’il est libellé actuellement. Toute déclaration faite par un

considered self-serving, would be dealt with a being within 62(1)(i) and therefore subject to 62(2).

It is also suggested that the 62(1)(i) phrase rendering admissible "a statement describing or explaining *an event observed* ..." it too wide. This would seem to permit a police officer attending at an altercation where a crowd was present to testify to what various members of the crowd said as they observed what was going on without calling those persons as witnesses. Availability being immaterial the identity of the speaker might also not be something the police officer would concern himself with despite the existence of the Section 73 right to require the attendance of the so-called declarant.

It is suggested that, on the assumption that 62(1)(h) is wide enough to include the Graham situation, that 62(1)(i) be eliminated from the Bill and that Section 62(2) similarly be eliminated.

SECTION 62(1)(j): A STATEMENT OF REPUTATION

Perhaps this subsection permitting hearsay evidence of reputation is included in the Bill in this part because of the general prohibition against hearsay contained in Section 45 (1).

It may be that as a consequence of the inclusion of 62(1)(j) evidence of reputation admissible within Sections 24-30 of the Bill could be given simply by filing a series of letters which would be recorded assertions within the definition of "statement".

It is suggested that Section 62(1)(j) is unnecessary given the part of the Bill dealing with character evidence.

A similar criticism could be made with respect to the business records exception contained in 62(1)(k).

SECTION 72: CREDIBILITY OF DECLARANT

It would seem to be a sensible safeguard that the party against whom hearsay is admitted may call the declarant and with leave cross-examine him. It is suggested that leave should not be necessary. It is suggested that the Section read:

"73(1): The party against whom hearsay is admitted in evidence may call the declarant as a witness and cross-examine him."

Section 73(2) permits the credibility of the declarant to be challenged where the declarant is "unavailable". No guidance is provided as to the meaning of "unavailable" within this section. The Section as worded would probably refer one back to Section 49 (1) in relation to a civil proceeding.

It is suggested that within Section 73(2) the test of unavailability should be as wide as possible in order that the Section

inculpé, et considérée comme étant à son avantage, devrait normalement être visée par l'alinéa 62(1)(i) et être assujettie par conséquent au paragraphe 62(2).

Nous estimons par ailleurs que l'alinéa 62(1)(i) est trop général en ce qui concerne la recevabilité d'une «déclaration décrivant ou expliquant *un événement observé*». Cette disposition semble en effet permettre à un policier, qui aurait par exemple dû se rendre sur les lieux d'une altercation se produisant devant des spectateurs de rapporter les propos tenus par ces spectateurs pendant qu'ils observaient la scène, sans avoir à les appeler à témoigner. Par ailleurs, si la disponibilité des témoins n'a pas d'importance, il se pourrait bien que l'agent de police ne se préoccupe pas non plus de l'identité de ces spectateurs, malgré l'article 73, selon lequel ils peuvent être cités comme témoins.

Nous estimons que l'alinéa 62(1)(h) est assez général pour inclure les cas semblables à celui de l'affaire Graham. Nous recommandons par conséquent de supprimer l'alinéa 62(1)(i) et le paragraphe 62(2) du projet de loi.

ALINÉA 62(1)(j): DÉCLARATION RELATIVE À LA RÉPUTATION D'UNE PERSONNE

Il se peut que cet alinéa, qui permet qu'un ouï-dire soit reçu en preuve relativement à la réputation d'une personne, soit inclus dans le projet de loi en raison de l'interdit global formulé contre le ouï-dire au paragraphe 45(1).

Il pouvait arriver qu'en raison de l'inclusion de l'alinéa 62(1)(j) une preuve relative à la réputation d'une personne jugée recevable au sens où l'entendent les articles 24 à 30 du projet de loi puisse être fournie par la simple remise d'une série de lettres qui seraient réputées être des affirmations au sens où l'entend la définition de «déclaration».

Il est donné à entendre que l'alinéa 62 (1)(j) n'est pas nécessaire compte tenu de la partie du projet de loi qui traite de la preuve concernant un élément de la moralité.

Une observation semblable pourrait être faite relativement à l'exception contenue à l'alinéa 62(1)(k) qui vise les documents au sens de l'article 152.

ARTICLE 72: CRÉDIBILITÉ DE L'AUTEUR DE LA DÉCLARATION

Il serait bon d'avoir l'assurance que la partie contre laquelle un ouï-dire est reçu puisse citer l'auteur de la déclaration et, si elle en a l'autorisation, le contre-interroger. Il semble que l'autorisation du tribunal ne serait pas considérée comme nécessaire. La disposition pourrait se lire ainsi:

«73(1): La partie contre laquelle un ouï-dire est reçu en preuve peut citer l'auteur à témoigner, et le contre-interroger.

Le paragraphe 73(2) permet que la crédibilité de l'auteur de la déclaration soit attaquée quand cet auteur «n'est pas disponible». Cet article ne fournit aucun indice quant à la signification à donner à cette non-disponibilité. Tel qu'il est rédigé, l'article renvoie sans doute au paragraphe 49(1) qui a trait aux litiges en matière civile, ou encore au paragraphe 49(3) sur les litiges en matière criminelle.

En ce qui concerne le paragraphe 73(2), nous recommandons que le critère de la non-disponibilité demeure aussi large

73(2) safeguard could be easily implemented by the litigant against whom hearsay is offered. Accordingly, it is suggested that the Section 49(1) test of unavailability be the only test applicable on a Section 73(2) situation.

PREVIOUS STATEMENTS: SECTIONS 115 to 120 INCLUSIVE

Section 116:

A *voir dire* during cross-examination of the accused.

A statement tendered under Section 116, of the accused to a person in authority, only goes to credibility, pursuant to Section 120(c), when put to the accused during cross-examination. This rule would require a *voir dire* (thus overruling *Regina v. Johnston* (1981), 61 C.C.C. (2d) 240, Boyd, P. C. J. wherein His Honour held that pursuant to Section 10 of the Canada Evidence Act no *voir dire* was required where the accused was to be cross-examined upon a previous statement) and similarly overrules *Regina v. Hadden* (1980), 18 C. R. (3d) 382 (where His Honour Judge Wren would permit neither cross-examination of the accused on his previous statement nor a *voir dire* at that stage of the trial holding that as the content of the statement could not be said to be minimally relevant it was unfair for the Crown to lie in wait and permit the accused to trap himself and since that statement was relevant and probative to the issues in the trial the Crown should have had a *voir dire* during its case in Chief and introduced the statement at that time.)

The Section makes a good attempt at reconciling the two points of view. The difficulty may be that while the prior statement is only relevant to credibility the trier of fact may attach more weight to it and treat it as evidence of the truth of its contents.

It is suggested that subsection 2 have added to it the following "may be determined in a *voir dire* held during cross-examination of the accused:"

"with leave if the court is satisfied that the contents of the statement go only to the credibility of the accused and are of minimal relevance to the offence charged."

Section 22(2) may tend to address this problem but since it provides that the court may "exclude evidence the admissibility of which is tenuous" along with the test of trifling probative force and grave prejudice it may be that the Section would not operate to prevent the Crown from lying in wait.

Sections 117, 118 and 48

Section 48 attempts to make prior statements admissible under Section 117 or 118 admissible for the truth of their contents where made under oath and subject to cross-examination. It is suggested that should this "subject to cross-examination when making it" concept be applied it should be subject to the further limitation that the opponent had an opportunity to

que possible afin que la partie contre laquelle un ouï-dire est reçu puisse facilement se prévaloir de cette garantie. De la même manière, nous proposons que le critère de non-disponibilité du paragraphe 49(1) soit le seul applicable dans les cas visés par le paragraphe 73(2).

DÉCLARATIONS ANTÉRIEURES: ARTICLES 115 À 120 INCLUSIVEMENT

Article 116:

Le voir-dire pendant le contre-interrogatoire de l'inculpé.

En conformité du paragraphe 120(c), une déclaration faite aux termes de l'article 116, de l'inculpé à un responsable, ne peut servir à défendre sa crédibilité, que quand elle est soumise à l'inculpé au cours d'un contre-interrogatoire. Cette règle nécessiterait la tenue d'un voir-dire, ce qui tendrait à renverser la décision rendue dans l'affaire *Regina c. Johnston* (1981, 61 C.C.C. (2d) 240, Boyd, P.C.J. (où le savant juge a conclu qu'en conformité de l'article 10 de la Loi sur la preuve au Canada aucun voir-dire n'est exigé dans le cas où l'inculpé doit être contre-interrogé relativement à une déclaration antérieure, et renverserait de la même manière la décision rendue dans l'affaire *Regina c. Hadden* (1980 18 C.R. (3d) 382 (où le savant juge Wren n'a permis ni le contre-interrogatoire de l'accusé qui aurait porté sur une déclaration antérieure, ni la tenue d'un voir-dire à ce moment donné du procès, parce qu'à son avis, comme le contenu de la déclaration ne pouvait être réputé le moins pertinent, il était injuste que la Couronne tende un tel guet-apens et permette que l'inculpé se prenne lui-même au piège. En outre, vu que cette déclaration était pertinente et avait valeur probante quant aux questions en litige, la Couronne aurait dû tenir un voir-dire pendant cette affaire en particulier et présenter la déclaration à ce moment-là.

L'article vise à réconcilier les deux points de vue. Le problème tient peut-être au fait que, bien que la déclaration antérieure n'ait trait qu'à la crédibilité, le juge des Faits peut lui accorder beaucoup plus d'importance et la considérer comme une preuve de sa véracité.

Nous pensons qu'il aurait fallu ajouter au paragraphe 2, après «peut être tenu lors du contre-interrogatoire de l'inculpé»:

«avec l'autorisation du tribunal si ce dernier est convaincu que le contenu de la déclaration ne peut servir qu'à défendre la crédibilité de l'inculpé, et n'a qu'accessoirement trait à l'infraction dont il est accusé.»

Le paragraphe 22(2) vise peut-être à résoudre ce problème, mais comme il dispose que le tribunal peut «écarter un élément de preuve dont la recevabilité tient à une subtilité», de même que le critère de sa force probante négligeable et du préjudice grave que pourrait causer son admission, il se peut que l'article ne serve pas à éviter que la Couronne ne tende un guet-apens.

Articles 117, 118 et 48

L'article 48 vise à rendre recevables à toutes fins les déclarations antérieures d'un témoin qui sont recevables en preuve aux termes des articles 117 ou 118 si elles ont été faites sous serment et sous réserve d'un contre-interrogatoire. Nous estimons que, si cette réserve selon laquelle «le témoin peut être contre-interrogé au moment de la Faire» était appliquée, ce

cross-examine the declarant, in relation to substantially identical issues.

OTHER NOTES

It is noted that Section 204 of the Bill suggests an amendment to Section 643 (1) of the *Criminal Code* in order to permit the reading in of prior evidence where the witness "cannot with reasonable diligence be found" or "testifies to a lack of memory . . .".

THE CHARACTER OF THE ACCUSED AND CROSS-EXAMINATION OF THE ACCUSED ON PRIOR CONVICTION

The proposed Uniform Evidence Act sets out to clarify the law relating to character and only confuses the issues, usually to the prejudice of the accused. It does provide some small measure of relief to an accused against the unfair prejudice caused by cross-examination of the accused on his criminal record but could well go further.

Sections 23 to 30 of the Act deal with character evidence as it relates to the accused. An excellent critique of these sections is set out in a commentary on the Uniform Evidence Act by John Sopinka in 24 *Criminal Law Quarterly* 331 and we adopt much of his analysis there. Special areas of concern for us include:

a) Section 24(2) which requires the accused to give at least 7 days notice of his intention to call a witness to testify about his general reputation in the community. A failure to give notice renders such evidence inadmissible. Our law does not require any such notice now. The proposed change is unnecessary and merely lays traps for the unwary accused or defence counsel.

b) Section 25(2) which permits the prosecution to introduce evidence of any trait of the accused's character should the accused lead any character evidence. Thus under this provision for example if the accused calls witnesses to testify about his general reputation in the community the prosecution could call a psychiatrist to testify about his alleged disposition for violence. Again this is much broader than the present law and goes far beyond the dictates of fairness at trial. An accused unfortunate enough to open the door to such prosecutorial tactics may well find his past character on trial rather than his present charges. And expert evidence can be a very wide door indeed permitting opinions formed on hearsay and out-of-court interviews.

devrait être à la condition que l'autre partie au litige ait eu l'occasion de contre-interroger l'auteur de la déclaration relativement à des questions sensiblement identiques.

AUTRES OBSERVATIONS

On constate que l'article 204 du projet de loi propose d'apporter une modification au paragraphe 643(1) du *Code criminel* afin que puisse être lu au procès un témoignage antérieur quand la personne «ne peut, malgré diligence raisonnable, être trouvé ou ne peut se rappeler son témoignage antérieur . . .».

LA PREUVE DE MORALITÉ DE L'INCUPLÉ ET LE CONTRE-INTERROGATOIRE DE L'ACCUSÉ RELATIVEMENT À UNE CONDAMNATION ANTÉRIEURE

Le projet de loi relatif à la Loi uniforme sur la preuve vise à clarifier les règles de droit relatives à la preuve de moralité, mais ne fait que compliquer la question, habituellement au détriment de l'accusé. Certes, il prévoit un recours mineur dont peut se prévaloir un inculpé pour redresser le tort que lui aurait injustement causé le fait d'être soumis à un contre-interrogatoire portant sur son casier judiciaire, mais il pourrait faire bien davantage.

Les articles 23 à 30 de la Loi ont traité à la preuve de moralité dans la mesure où elle vise l'inculpé. Une excellente critique de ces articles a paru dans un article portant sur la Loi uniforme sur la preuve, signé par M. John Sopinka, dans le n° 24-331 du *Criminal Law Quarterly*; nous reprenons ici en substance son analyse. Voici certains points qui nous préoccupent plus particulièrement:

a) Le paragraphe 24(2) prévoit que l'inculpé doit, au moins sept jours avant le début du procès, donner un préavis écrit de son intention de citer des témoins pour établir la preuve de sa commune renommée. Sans ce préavis, la preuve de commune renommée est réputée irrecevable. Actuellement, la loi n'exige pas pareil préavis. Le changement proposé n'est pas nécessaire et n'est qu'un piège à l'accusé ou à l'avocat de la défense qui ne se méfie pas.

b) Le paragraphe 25(2) permet au poursuivant de présenter une preuve concernant tout élément de la moralité de l'inculpé, que ce dernier ait cherché ou non à établir cet élément. Aux termes de cette disposition, si l'inculpé cite des témoins à comparaître pour établir la preuve de sa commune renommée, le poursuivant pourrait citer un psychiatre pour témoigner relativement à sa prétendue disposition à la violence. Encore là, cette disposition est beaucoup plus vaste que ce que prévoit la loi actuelle, et va bien au-delà de ce qu'exige l'équité en matière de poursuite. Un inculpé qui par malheur recourrait à ces tactiques risquerait fort de se voir jugé non pas pour les chefs d'accusation qui pèsent sur lui, mais plutôt en fonction de sa moralité passée. Le témoignage d'un expert peut ouvrir la porte toute grande à des dépositions faites sur la foi d'autrui, de même qu'à des interrogatoires hors cour.

c) Sections 28, 29 and 30 which limit the accused's rights to call evidence about the complainant's character and give the prosecution broad rights to call evidence against his accused should the accused call evidence about the complainant's character. For some reason the proposed Act equates calling evidence of self-defence with calling evidence about the complainant's character. The limitation in the Act on the calling of evidence about the complainant's character does not exist now and will only act to exclude relevant evidence that may establish the accused's innocence. The Act makes raising the issue of self-defence extremely dangerous for an accused as again it may open the door to evidence of any trait of the accused's character.

All in all these sections are truly a Pandora's box for our present trial system and do not meet any pressing social concerns or needs.

The Act does place some limitations upon the prosecution's right to cross-examine an accused upon his prior criminal record. At present the prosecution has the absolute right to cross-examine an accused about the time, place and name of the offence of prior convictions and the sentence imposed. In accordance with the principle that a discharge is not a conviction at present the prosecution at least in Ontario cannot cross-examine upon any prior discharge. The unfairness of this absolute right to cross-examine on the criminal record is that the evidence of the prior criminal record may lead a jury or judge to infer that the accused having done it before did it again. Ostensibly such cross-examination goes only to the accused's credibility as a witness, in reality as controlled studies have shown it is often a controlling factor in whether the jury or judge convict.

The Act recognizes this unfairness in part by placing some limitations as to which convictions the prosecution can cross-examine upon as of right and which convictions the prosecution can cross-examine upon only in certain circumstances. The Act's schema is similar to that in England in many respects: no cross-examination on the criminal record except where evidence of the prior conviction comes within the similar evidence rule, where the accused has attacked the character of the Crown's witnesses or led evidence of his own good character or where the accused has testified against his co-accused. The proposed Act however adds one crucial overriding exception to this: the prosecution may always regardless of the circumstances of the case cross-examine on prior discharges or convictions for perjury or the giving of contradictory evidence or for any discharge or conviction within the seven years of the charge for any offence that includes fraud as an essential element.

c) Les articles 28, 29 et 30 limitent la possibilité qu'a l'inculpé de chercher à établir un élément de la moralité du plaignant, et donnent au poursuivant une grande latitude pour citer des témoins contre l'inculpé si ce dernier a cherché à établir un élément de la moralité du plaignant. Sans qu'on sache pourquoi, le projet de loi établit une équivalence entre le fait de chercher à prouver la légitime défense et celui de chercher à établir un élément de la moralité du plaignant. La loi actuelle ne contient pas de restriction quant à la présentation de preuves relatives à la moralité du plaignant, et le projet de loi ne contribuerait qu'à écarter des éléments de preuve pertinents qui pourraient établir l'innocence de l'inculpé. Le texte de loi a pour effet de rendre extrêmement dangereux pour un inculpé le fait d'invoquer la légitime défense, parce que ce recours pourrait entraîner la présentation d'éléments de preuve relatifs à un élément quelconque de la moralité de l'inculpé.

Pour notre système judiciaire actuel, toutes les dispositions de ces articles ne sont qu'une boîte de Pandore. Ils ne répondent à aucun besoin social ni à aucune préoccupation sociale urgente.

La loi impose certaines limites au droit qu'a le poursuivant de contre-interroger un inculpé au sujet d'infractions criminelles antérieures. Pour l'instant, le poursuivant a le droit absolu, lors du contre-interrogatoire d'un accusé, de lui poser des questions sur l'époque, le lieu et le nom de l'infraction qui a donné lieu à des condamnations passées, de même que sur la peine imposée. Partant du principe qu'une mise en liberté n'équivaut pas à une condamnation, pour l'instant en Ontario au moins, le poursuivant ne peut procéder à un contre-interrogatoire qui aurait trait à une mise en liberté antérieure. L'iniquité inhérente à ce droit absolu de contre-interroger en s'appuyant sur un casier judiciaire tient au fait que la preuve que constitue l'existence d'un casier judiciaire peut amener un jury ou un juge à en inférer que, l'accusé ayant déjà commis tel délit auparavant, il est retombé dans son erreur. Il est manifeste que ce contre-interrogatoire ne vise normalement qu'à établir la crédibilité de l'inculpé en tant que témoin, mais en réalité des études scientifiques ont montré que c'est souvent un facteur déterminant sur lequel le jury ou le juge se fonde pour prononcer une condamnation.

La loi reconnaît partiellement cette inéquité en définissant d'une part les condamnations relativement auxquelles le poursuivant peut procéder à un contre-interrogatoire en vertu d'un droit qui lui est reconnu, et d'autre part les condamnations relativement auxquelles le poursuivant peut procéder à un contre-interrogatoire dans certaines conditions expressément définies. A de nombreux égards, le plan de la Loi rappelle celui de la législation anglaise; on ne peut procéder à un contre-interrogatoire portant sur le casier judiciaire que dans trois cas: quand la preuve de la condamnation passée relève de la même règle de présentation de la preuve; quand l'inculpé a attaqué la moralité des témoins de la Couronne ou a cherché à établir sa propre bonne renommée; et quand il a témoigné contre son coinculpé. Le projet de loi y ajoute toutefois une disposition dérogeant capitale, puisque le poursuivant pourrait toujours, sans égard aux circonstances de l'affaire, procéder à un contre-interrogatoire portant sur des mises en liberté ou des condamnations antérieures découlant d'une inculpation

We agree with the general principle of limiting the prosecution's right to cross-examine on the criminal record and with the specific proposals similar to these in England although as noted above the provisions in the Act relating to putting character in issue are presently inadequate. We also agree with an unfettered right of the prosecution to cross-examine upon prior convictions for perjury or the giving of contradictory evidence as these relate directly to the truthfulness of the witness. However we do not agree with the unlimited right to cross-examine on discharges or convictions for offences involving fraud as an essential element. To begin with the definition will engender voir dire to decide whether past convictions involved fraud as an essential element. Indecent Assault, for example, can involve fraud where the accused obtained the consent of the victim through posing as a doctor. Some offences may involve fraud as a technical element as part of the theft but the actual taking may be open and without any dishonest representation such as in a bank robbery. Implicit in this definition is that thieves are not to be believed. Should a prior discharge for shoplifting be trotted out against an accused four years later when she is charged again? We prefer the English system with its more logical general limitations with the added exceptions for perjury and the giving of contradictory evidence convictions. At the very least the Act should not allow cross-examination on previous discharges.

JUDICIAL POWER TO CALL
WITNESSES AND ASSIGN
EXPERTS UNIFORM EVIDENCE
ACT

,Robert McGee, Q.C.

The adversary system has worked so well for so long that any attempt to tamper with it by enshrining, in an evidence code, the trial Judge's right to call witnesses should be resisted vigorously.

In *R. vs TALBOT* (No. 2) 38 C.C.C. (2d) P. 560, Mr. Justice Galligan, an experienced Supreme court trial Judge and before that, an experienced criminal and civil counsel said: "I think the circumstances under which a court will exercise its right to call witnesses *must* be rare indeed . . . It is a right that is rarely exercised." Further he says; ". . . it is extremely rare that the right will be exercised and I think that the court must be *hesitant* indeed before it will exercise its right to do so." (*emphasis mine*)

de parjure, de même que sur la fourniture d'un témoignage contradictoire ou sur toute autre mise en liberté ou condamnation survenue dans les sept ans de la mise en accusation, et ce pour toute infraction qui suppose comme élément essentiel la fraude.

Nous sommes d'accord pour limiter en principe le droit du poursuivant de contre-interroger en se fondant sur le casier judiciaire et pour adopter des propositions précises semblables à celles de l'Angleterre, bien que, comme nous l'avons déjà dit, les dispositions de la loi relatives à la mise en cause de la moralité sont pour l'instant inappropriées. Nous souscrivons aussi au droit inaliénable qu'a le poursuivant d'interroger l'inculpé sur des condamnations pour parjure ou sur la fourniture de témoignage contradictoire dans la mesure où ces éléments ont directement trait à la franchise du témoin. Toutefois, nous ne pensons pas qu'il faille accorder au poursuivant le droit illimité de poser des questions sur des mises en liberté ou des condamnations qui ont trait à des infractions dont la fraude constitue un élément essentiel. En premier lieu, la définition supposera la tenue d'un voir-dire pour établir si les condamnations passées comportent comme élément essentiel la fraude. Un attentat aux mœurs, par exemple, peut comporter un élément de fraude si l'inculpé a obtenu le consentement de la victime en se faisant passer pour un médecin. Certaines infractions comme le vol peuvent aussi comporter la fraude comme élément technique, mais le délit lui-même peut avoir été fait ouvertement et sans représentation malhonnête, comme dans le cas d'un vol de banque. Cette définition suppose qu'il ne faut pas croire les voleurs. Est-ce qu'une mise en liberté faisant suite à une mise en accusation pour vol à l'étalage peut être invoquée contre un accusé quatre ans plus tard, quand la personne est de nouveau mise en accusation? Nous préférons le système anglais qui fixe des limites générales plus logiques en prévoyant en outre des exceptions pour les cas de parjure et de condamnation pour témoignage contradictoire. Tout au moins, la loi ne devrait pas permettre le contre-interrogatoire fondé sur des mises en liberté antérieures.

LE POUVOIR JUDICIAIRE DE CITER DES
TÉMOINS ET D'EXIGER LE TÉMOIGNAGE
D'EXPERTS
LOI UNIFORME SUR LA PREUVE

M^r Robert McGee, c.r.

La procédure de type accusatoire a si bien fonctionné pendant si longtemps qu'il faut s'opposer fermement à toute tentative qui vise à l'altérer par la consécration, dans un code de la preuve, du droit d'un juge de citer des témoins.

Dans l'affaire *La Reine c. Talbot* (n° 2) 38 C.C.C. (2d) P. 560, le juge Galligan, un juge d'expérience de la Cour suprême, qui a aussi été avocat d'assises et avocat en matière civile, déclarait: «Je pense que les cas où un tribunal peut exercer son droit de citer des témoins *doivent* demeurer plutôt rares . . . C'est un droit rarement exercé.» Il ajoutait «... il est extrêmement rare que ce droit soit exercé, et je pense que le tribunal doit *hésiter* passablement avant d'exercer ce droit». (*C'est moi qui souligne*).

In *TALBOT* Galligan J. *did* call certain psychiatric evidence himself when the Crown would not do so for various unexplained reasons and the defence Counsel had been instructed by his client not to call a psychiatric defence. He indicates quite clearly a well founded reluctance to do so.

In *PHILLIPS vs FORD MOTOR CO.* [1971] 2 OR 637. Mr. Justice Edson Haines had called his own experts on matters relating to car brakes in a civil case involving the former Mayor of Toronto. The Court of Appeal heaped great scorn on this practice and sent the matter back for a new trial. Evans J. (*as he then was*) said at P. 657: (O.R.) "While I recognize that the adversary system has been subjected to criticism on the ground that its procedures may on occasions inhibit the search for the ultimate truth, I believe it to be a workable system which has proved satisfactory over a long period and I am not prepared to abandon it in favour of the presumed, but undemonstrable, advantages of a clinical, scientific approach to the adjudication of legal disputes."

In England apparently, the Court can appoint an expert, but only on one of the party's moving that it do so. Lord Denning in *Re Saxton* Dec'd. [1962] 1 W.L.R. 968 said with some surprise that neither side had applied for the Court to appoint an expert. He chalks this up to them fearing that "the court would attach great weight to the report of a court expert, and are reluctant thus to leave the decision of the case so much in his hands". He goes on to say that either side may then want to call a rebutting expert and so on thus prolonging and complicating the trial process. In the *Phillips* case the trial was apparently prolonged over 21 days because of the appointment and conduct of the court expert.

We have all seen how the enshrining of certain rights in our famous Charter has flooded the courts with hundreds of applications and has led to hundreds of "colourful" lower court judgments (*to quote Zuber J.*). At a recent seminar on the Charter at the University of Ottawa Law School, Mr. Ed Greenspan Q.C. was quoted as saying that although once a supporter of the Charter he now feels, as a result of its passage, we are worse off than before. The same can be said for a Uniform Evidence Code and for the enshrinement in it of a direct attack on the adversary process. The right of the court to call expert evidence should not be encouraged by such enshrinement.

Dans l'affaire *Talbot*, le juge Galligan a effectivement demandé le témoignage de psychiatres, alors que la Cour, pour diverses raisons obscures, n'y consentait pas, et que l'avocat de la défense avait reçu ordre de son client de ne pas invoquer de défense psychiatrique. Il fait très clairement état d'une hésitation bien justifiée à le faire.

Dans l'affaire *Phillips c. Ford Motor Co.* (1971) 2 OR 637, le juge Edson Haines avait demandé le témoignage de ses propres experts sur des questions relatives au système de freinage d'une automobile, dans une affaire civile où était impliqué l'ancien maire de Toronto. La Cour d'appel a fait fi de cette pratique, et a demandé un nouveau procès. Le juge Evans, (*qu'il était alors*) déclara à la page 657: (O.R. «Bien que je reconnaisse que la procédure de type accusatoire a fait l'objet de critiques parce que son mode de fonctionnement peut, à l'occasion, empêcher la recherche de la vérité totale, je pense que c'est un système utile qui a fait ses preuves depuis longtemps, et je ne suis pas disposé à y renoncer en faveur des avantages présumés, mais non démontrables, d'une approche scientifique clinique pour régler des conflits d'ordre juridique».

En Angleterre, apparemment, le tribunal peut nommer un expert, mais seulement quand l'une des parties le lui demande. Lord Denning, dans l'affaire *Saxton*, Dec'd. (1962) 1 W.L.R. 968, s'étonnait du fait que ni l'une ni l'autre des parties n'ait demandé au tribunal de le faire. Il en conclut qu'elles craignent toutes deux que «le tribunal n'accorde une trop grande importance au rapport d'un expert», et qu'elles hésitent à s'en remettre à son jugement». Il ajoute qu'une partie ou l'autre peut alors décider de demander un expert pour la réfutation, ce qui prolonge et complique le processus judiciaire. Dans l'affaire *Phillips*, le procès aurait apparemment duré 21 jours de plus en raison de la nomination d'un expert.

Nous avons tous vu comment la consécration de certains droits dans notre célèbre Charte des droits a inondé les tribunaux de centaines de demandes, qui ont abouti à des centaines de jugements «colorés» (*pour reprendre le mot du juge Zuber*) qu'ait rendus des tribunaux de première instance. Lors d'un récent colloque sur la Charte qui a eu lieu à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa, M. Ed. Greenspan, c.r., aurait dit que, bien qu'il ait à un certain moment appuyé les dispositions de la Charte, il estimait maintenant que nous sommes moins bien lotis qu'avant. On peut affirmer la même chose du code uniforme de la preuve et de la consécration qui y est faite d'une attaque directe de la procédure de type accusatoire. Il ne faudrait pas, par cette consécration, favoriser l'exercice du droit qu'a un tribunal de réclamer le témoignage d'experts.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

WITNESSES—TÉMOINS

From the Criminal Lawyers' Association:

Ms. Dianne L. Martin, Co-Chairman, Association's Sub-committee on Uniform Evidence Act;

Ms. Marlys Edwardh, Member of the Sub-committee.

De la Criminal Lawyers' Association:

M^{me} Dianne L. Martin, vice-présidente, sous-comité de l'Association sur la Loi uniforme sur la preuve;

M^{me} Marlys Edwardh, membre du sous-comité.



24
32

First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

SENATE OF CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

Legal and Constitutional Affairs

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Wednesday, May 25, 1983

Issue No. 60

Sixteenth proceedings on:

Bill S-32, "An Act to amend the
Penitentiary Act and the Parole Act"

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SÉNAT DU CANADA

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Affaires juridiques et constitutionnelles

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Le mercredi 25 mai 1983

Fascicule n° 60

Seizième fascicule concernant:

Projet de loi S-32, «Loi modifiant la Loi sur les
pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de
détenus»



THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, Tuesday, 23rd November, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Hastings, seconded by the Honourable Senator Bird, for the second reading of the Bill S-32, intituled: "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat du mardi 23 novembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Hastings, appuyé par l'honorable sénateur Bird, tendant à la deuxième lecture du Bill S-32, intitulé: «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith propose, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

WEDNESDAY, MAY 25, 1983
(84)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 3:10 p.m., this day, the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Present: The Honourable Senators Bosa, Deschatelets, Donahoe, Frith, Godfrey, Haidasz, Hastings, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Pitfield and Robichaud. (13)

In attendance: Mr. R. L. du Plessis, Law Clerk and Parliamentary Counsel; and Mr. Donald MacDonald, Research Officer, Library of Parliament.

The Committee proceeded to consider Bill S-32, "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act".

On motion by the Honourable Senator Frith it was agreed,—That a point of order, having arisen as to the acceptability of amendments to Bill S-32, proposed by the Solicitor General of Canada, be disposed of.

AFTER debate thereon, the Chairman ruled as follows:

"It is my considered opinion that the amendments proposed by Senator Frith are within the scope of Bill S-32, but I have considerable doubt that they are within the subject matter of the Bill as it was debated on Second reading. Therefore, I would recommend to this Committee that it return to the Senate to obtain instructions to have these amendments incorporated in Bill S-32 at the earliest possible date."

The question being put on the ruling, it was sustained on division, with seven (7) members voting in favour, two (2) against, and one (1) abstaining.

At 5:24 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Denis Bouffard

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE MERCREDI 25 MAI 1983
(84)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 15 h 10, sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Présents: Les honorables sénateurs Bosa, Deschatelets, Donahoe, Frith, Godfrey, Haidasz, Hastings, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Pitfield et Robichaud. (13)

Aussi présents: M. R. L. du Plessis, légiste et conseiller parlementaire; et M. Donald MacDonald, attaché de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Le Comité procède à l'étude du projet de loi S-32, «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus».

Sur la motion de l'honorable sénateur Frith, il est convenu: de statuer sur le rappel au Règlement concernant la recevabilité des amendements proposés au projet de loi S-32 par le Solliciteur général du Canada.

APRÈS débat, le Président décide ce qui suit:

«Je suis d'avis que les amendements proposés par le sénateur Frith entrent dans le cadre du projet de loi S-32, mais je doute fort qu'ils fassent partie de l'objet du projet de loi tel qu'il a été débattu en deuxième lecture. Par conséquent, je recommande que le Comité le renvoie au Sénat afin d'obtenir des instructions en vue de faire insérer ces amendements dans le projet de loi S-32 le plus tôt possible.»

La décision mise aux voix, est adoptée par sept (7) voix contre deux (2) et une (1) abstention.

A 17 h 24, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Wednesday, May 25, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-32, to amend the Penitentiary Act and the Parole Act, met this day at 3.00 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (*Chairman*) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, I should like to raise with you briefly, before we get into the meeting, the question of a possible meeting tomorrow. As I mentioned earlier this week we have a meeting scheduled for 11 o'clock tomorrow morning so the space is reserved. I have meetings with the Mexican delegation starting at 9.45 a.m. and, hopefully, we will resolve a lot of matters here today so perhaps we will not have to meet at 11 o'clock. If it were necessary to have another meeting it could be held at 8.30 or 9.00 tomorrow morning. Perhaps we can see how we progress this afternoon and then see what space or times are available for tomorrow and make a decision a little later today.

The second matter I should like to clarify with you and get your instructions on is whether or not you wish this meeting to be *in camera*. As you know, I made that decision to begin with but we are going to have to deal with amendments and points of procedure, and I am wondering whether the committee feels that all of that should be on the record or whether you would like to deal with it in a preliminary way first and then as we formalize the meeting later on, put it on the record or put our decisions on the record. May I have your views on that?

Senator Frith: I am sure that we all agree that the general principle is that you should always have anything on the record and, therefore, the burden to speak is on someone who wants it off the record, but there should be a special reason to have it off the record and if there is none, I suggest we proceed on the record. That is not to say that I would not agree to some special reason if I could hear what that special reason is.

The Chairman: I would agree with that because I think it is a better way to proceed. If, later on, we decide that we want to get down to some of the nitty-gritty negotiations or discussion we may at that time decide that we want part of the meeting off the record. Is that agreeable, honourable senators?

Hon. Senators: Agreed.

The Chairman: Honourable senators, you are aware from our previous meetings and discussions that the minister is anxious to introduce some further amendments to Bill S-32 which we have been considering for some time. The possibility of a point of order being raised with respect to those additional amendments has been put to us and we have had some consideration of the point of order which was made and also of some reply to it from the Deputy Solicitor General. I had thought at first that I should probably give you my informal opinion of what I feel might be the decision of the committee, and I would remind you that I can make a ruling but I am subject to the decision of this committee. If anyone disagrees

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mercredi 25 mai 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-32, modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libérations conditionnelle de détenus, se réunit aujourd'hui à 15 heures afin d'en faire l'étude.

Le sénateur Joan Neiman (*présidente*) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, avant d'ouvrir la séance, j'aimerais aborder brièvement avec vous la question de l'éventualité de la séance de demain. Comme je l'ai dit au début de la semaine, nous avons une réunion prévue demain matin à 11 heures, et on a pris des dispositions en ce sens. Je dois, par ailleurs, rencontrer la délégation mexicaine à partir de 9 h 45, et j'espère que nous allons résoudre bon nombre de questions aujourd'hui, si bien qu'éventuellement, nous n'aurons pas à nous réunir demain à 11 heures. Si une autre séance s'impose, elle pourrait se tenir à 8 h 30 ou à 9 heures demain matin. Nous allons voir comment vont avancer nos travaux cet après-midi, et nous verrons alors le temps dont nous disposons pour demain, puis nous prendrons une décision.

Je voudrais également que nous décidions si la présente séance doit se dérouler à huis clos. Comme vous le savez, j'avais pris une décision au départ, mais nous allons aborder aujourd'hui des amendements et des questions de procédure, et je me demande si les membres du Comité estiment que tout cela devrait figurer sur le compte rendu, ou s'ils préfèrent au contraire en traiter de façon préliminaire, avant de donner à la séance un tour plus formel, et d'inscrire tous les éléments, ainsi que nos décisions, au compte rendu. Qu'en pensez-vous?

Le sénateur Frith: Je pense que nous sommes tous d'accord pour reconnaître qu'en principe, tout doit figurer au compte rendu; c'est pourquoi il faudrait entendre le point de vue d'un partisan du huis-clos; mais à moins d'un motif particulier, je propose que nous ne siégions pas à huis clos. Je pourrais naturellement changer d'avis si quelqu'un invoque un motif particulier.

Le président: C'est également mon avis, car j'estime que c'est bien la meilleure façon de procéder. Si, par la suite, nous décidons d'aborder les considérations plus terre à terre, nous pourrions décider de soustraire une partie de la réunion du compte rendu. Etes-vous d'accord, honorables sénateurs?

Des voix: Oui.

Le président: Honorables sénateurs, vous avez appris, au cours des séances précédentes, que le ministre souhaite apporter de nouveaux amendements au projet de loi S-32, que nous étudions depuis un certain temps. On nous a présenté la possibilité qu'une objection soit soulevée à propos de ces amendements supplémentaires, nous avons étudié cette objection, ainsi que la réponse fournie par le Solliciteur général adjoint. J'ai pensé tout d'abord vous donner mon point de vue officieux quant à l'orientation de la décision du Comité, et je vous rappelle que je peux prendre une décision, mais je dois me soumettre au point de vue du Comité. Tous les membres du Comité ont la possibilité de contester ma décision, auquel cas

[Text]

with the ruling that I make at some point, any committee member is free to challenge that decision and we would then put it to a vote. In order that we can proceed with the matter as expeditiously as possible, it would be preferable to start with the proposed amendments and record them formally and then we will hear the points of order. Following that, I will give you my views of what I believe are the principal points raised and how I think some of them could be resolved. I am certainly going to invite your comments and advice on some of the other points that I feel are not so clear.

I have copies of the amendments for each member, and I would remind you that these amendments are not the same as those the Solicitor General gave this committee when he appeared before us about ten days ago. In fact, as Mr. Gibson indicated to us, they moved considerably away from the original set of proposed amendments in an area about which all committee members indicated some concern. I think it is obvious that the Solicitor General has listened to the concerns of various members of this committee which have been put to him personally. Therefore, I think the proposed amendments, providing they are in order, go a long way to satisfying the objections that were raised in a preliminary fashion some time ago with the Solicitor General.

I have not had an opportunity to look through these because they were just delivered to my office about ten minutes ago. Therefore, I have not had an opportunity to examine them in detail and that is something that we, as a committee, will have to do, but we will proceed to hear a motion from Senator Frith.

Senator Frith: Madam Chairman, I am in the same position as you are and the other members of the committee as far as having studied the amendments is concerned. Perhaps I can move the amendments and give a brief explanation as to what it is I think I am moving, because I will have to have a look at the actual wording. If I can have a moment of preamble, I assume that what I intend to move as an amendment are the procedures that were explained by the Deputy Solicitor General before the committee yesterday. The proposals that were then made, according to the notes I made at the time, were that, on the gating proposal, the authority for gating is to be vested in a judicial authority, and that the procedures would be as follows:

1. That in advance of the earned remission, the National Parole Board would consider whether the release of the inmate would be a danger to the public, et cetera;
2. If the National Parole Board made the decision that it felt that the inmate should be gated, then a reference would be made to the Attorney Gen of Canada;
3. The Attorney Gen would then be the judicial authority in whom the decision would be vested as to whether a reference should be made to a superior court of a province;
4. That the superior court of the province would consider whether the inmate should be further confined, and that would be before them on reference by the Attorney Gen of Canada under step No. 3;
5. That the superior court would make the decision based, essentially, on the tests in Part XXI of the Criminal Code dealing with dangerous offenders;

[Traduction]

elle doit être mise aux voix. Afin de procéder aussi rapidement que possible, il serait préférable de commencer avec les projets d'amendement, de les enregistrer officiellement, puis d'en venir à l'objection. Après cela, je vous communiquerai mon point de vue sur les arguments qui me semblent les plus importants, et sur les réponses qu'on peut y apporter. Je ne manquerai pas de solliciter votre point de vue sur certains autres éléments qui, à mon avis, manquent de clarté.

Nous avons ici des exemplaires des amendements pour chacun de vous, et je vous rappelle que ces amendements ne sont pas les mêmes que ceux qu'a présentés le Solliciteur général au Comité lorsqu'il a comparu il y a une dizaine de jours. En fait, comme nous l'a indiqué M. Gibson, on s'est considérablement éloigné des projets initiaux d'amendement dans le domaine qui préoccupait l'ensemble du Comité. Le Solliciteur général a très certainement tenu compte des arguments que lui ont présentés personnellement des membres du Comité. C'est pourquoi je pense que les projets d'amendements, s'ils sont acceptables, devraient répondre de façon satisfaisante aux objections qui ont été initialement formulées en sa présence.

Je n'ai pas eu la possibilité de les étudier, car ils n'ont été déposés à mon bureau qu'il y a une dizaine de minutes. Je n'ai donc pas pu les étudier en détail, mais le Comité va maintenant le faire; pourtant, avant cela, nous allons entendre une motion du sénateur Frith.

Le sénateur Frith: Madame le Président, nous en sommes au même point que vous en ce qui concerne l'étude de ces amendements. Je pourrais les proposer, et expliquer brièvement ce que je propose, car il faudrait tout d'abord que j'examine leur formulation. Si vous pouvez m'accorder quelques instants, je pense que l'amendement que je propose correspond à la procédure expliquée hier au Comité par le Solliciteur général adjoint. D'après mes notes, les propositions concernant la suspension immédiate prévoient que le pouvoir de décision serait confié à une autorité judiciaire, et que la procédure de suspension immédiate serait la suivante:

1. Avant la réduction méritée de peine, la Commission nationale des libérations conditionnelles décidera si la libération du détenu risque de constituer un danger pour le public, etc.;
2. Si la Commission nationale des libérations conditionnelles estime qu'il y a lieu de suspendre immédiatement la libération conditionnelle d'un détenu, elle en fera rapport au procureur général du Canada;
3. Le procureur général deviendra alors l'autorité judiciaire chargée de décider si le cas doit être renvoyé à une cour supérieure provinciale;
4. Suite au renvoi provenant du procureur général du Canada, conformément à la troisième étape ci-dessus, la cour supérieure de la province décidera si la détention doit se poursuivre;
5. La cour supérieure prendra sa décision essentiellement en fonction des critères énoncés dans la partie XXI du Code criminel consacrée aux délinquants dangereux;

[Text]

6. That the rights of appeal from the decision of the superior court would be the same as are in that Part XXI of the Criminal Code, in particular, section 694;

7. That parole would still be available during the incarceration; and

8. That the time period would be 90 days—that is, notice would be 90 days in the sense that there would be two weeks for the Attorney Gen; three weeks for the hearing; four weeks for the remand; two weeks for the consideration.

Honourable senators, I made rather rough notes about the periods I mentioned and I welcome any corrections. However, in essence, I think I am correct on the eight points. I am not sure about the allocation of that 90-day period.

I understand, Madam Chairman, that it is a little unusual for me to move the essence of the amendments rather than particular amendments, but, under the circumstances, I have no choice as a way of putting these amendments before the committee. The amendments that we have, in particular, are the ones I am moving. I want the committee to understand that I have not had an opportunity to read them but that I assume they contain the points I mentioned.

The Chairman: Senator Frith, before you started, it might have been helpful if I had read into the record the covering letter which I received from the Solicitor General when he sent the amendments to me, because I think it perhaps clarifies some of the changes that have been made. The letter from the Solicitor General of Canada dated today, with respect to Bill S-32, states:

Further to the appearance of my Deputy before your Committee yesterday, I enclose 12 sets of three motions to amend Bill S-32 for substitution for the 1st, 2nd and 7th motions in the package of amendments which I tabled in your Committee on May 12.

So we are, in effect, going to be dealing with seven motions. The letter goes on to state:

Of these three new motions, the 2nd and 3rd modify in a technical and consequential sense the 7th and 2nd motions respectively of the earlier set of amendments.

The 1st amendment in this new set accomplishes the substantive change of vesting in a Superior Court the gaging authority previously proposed to be vested in the National Parole Board. The following is a brief description of the elements of the new motion which, I regret to say, runs to some eight pages in length in order to provide all of the detail and safeguards inherent in Part XXI of the Criminal Code dealing with dangerous offenders:

14.1(1) would add definitions of "Court of Appeal" and "Superior Court of Criminal Jurisdiction" identical to the same definitions in section 2 of the Criminal Code. The new definitions of "court" and "prosecutor" are self-explanatory. 14.1(1) to (7) provide for a preliminary

[Traduction]

6. Le droit d'appel de la décision de la Cour suprême sera identique au droit prévu dans la partie XXI du Code criminel, notamment à l'article 694;

7. Le détenu ainsi incarcéré pourra toujours bénéficier d'une libération conditionnelle; et

8. Le délai d'avis sera de 90 jours; il y aura deux semaines pour le procureur général, trois semaines pour l'audience, quatre semaines pour la détention provisoire et deux semaines pour l'étude du cas.

Honorables sénateurs, les chiffres que je vous ai donnés pour les délais sont approximatifs; cependant, je pense que dans les grandes lignes, ces huit points sont exacts. Par contre, je ne suis pas tout à fait certain de la répartition de cette période de 90 jours.

Madame le Président, le fait que je présente le principe de ces amendements au lieu de les présenter en détail est sans doute inhabituel, mais dans les circonstances présentes, je n'avais aucune autre possibilité de présenter les amendements au Comité. Pour les détails, les amendements que je propose sont ceux qui nous ont été soumis. Le Comité doit comprendre que je n'ai pas eu la possibilité d'en prendre lecture, mais ils contiennent en principe les éléments dont j'ai fait état.

Le président: Sénateur Frith, avant que vous ne preniez la parole, je voudrais donner lecture, pour le compte rendu, de la lettre jointe par le Solliciteur général aux amendements qu'il m'a envoyés, car je pense qu'elle précise certaines des modifications apportées. La lettre du Solliciteur général du Canada, datée d'aujourd'hui, et concernant le projet de loi S-33, est ainsi formulée:

Suite à la comparution, hier, de mon sous-ministre devant votre Comité, je vous fais parvenir ci-joint 12 exemplaires de trois motions d'amendement du projet de loi S-32, qui remplacent les premières, deuxième et septième motions dans l'ensemble des amendements que j'ai déposés devant votre comité le 12 mai.

Nous avons donc sept motions à étudier. La lettre se poursuit ainsi:

Sur ces trois nouvelles motions, la deuxième et la troisième apportent des modifications d'ordre technique et complémentaire aux septième et deuxième motions respectivement du premier ensemble d'amendements.

Le premier amendement du nouvel ensemble apporte une modification de fond puisqu'il confie à une cour supérieure le pouvoir de décider de la suspension immédiate, dont devait précédemment être investi la Commission nationale des libérations conditionnelles. On trouvera ci-dessous un bref exposé des éléments de la nouvelle motion qui, malheureusement, couvre environ huit pages; elle aborde tous les détails des garanties contenues dans la Partie XXI du Code criminel, consacrée aux délinquants dangereux:

14.1 (1) ajoute les définitions de la «Cour d'appel» et de la «Cour supérieure de juridiction criminelle», que l'on trouve à l'article 2 du Code criminel. Les nouvelles définitions du «tribunal» et du «poursuivant» se passent d'explication. Les paragraphes 14.1(2) à (7) prévoient une déci-

[Text]

determination by the National Parole Board, parallel to that contained in the earlier set of amendments but with the review process to commence at an earlier date in order to allow adequate time for the court process. In addition, these provisions would invoke the authority of the Attorney Gen of Canada to review those cases where the Board decides a gating application is appropriate and the Attorney Gen of Canada would take the necessary steps to commence the court proceedings. 14.2 to 14.6 are identical in substance to sections 689 to 693 of the Criminal Code. 14.7 is identical in substance to section 688 of the Criminal Code. 14.8 and 14.9 are identical in substance to sections 694 and 695 of the Criminal Code. You will note that 14.8 enshrines a right of appeal as referred to by my Deputy yesterday.

The Solicitor General of Canada has offered to appear himself or to ask his deputy to appear to clarify any of these provisions at any time we might wish.

I think we are dealing, Senator Frith, with seven separate motions, and I think we are going to have to just receive them one at a time. It would be almost impossible for us to deal with the substance of them at this point. We will have to consider them again. Again the committee should decide just how it would like to deal with these motions.

Senator Frith: Madam Chairman, I agree with that. I agree, of course, that we cannot really go through this clause by clause since I do not think we are ready to do that. We should, perhaps, have some way of seeing whether the wording of these amendments conforms with what I have said are the principles of the changes and should also be compared with what Mr. Gibson said yesterday. In fact, that would be the more important comparison. That would seem to me to be a job which our parliamentary counsel and his colleague are eminently suited to do. I would suggest that they do it, however, simply on that basis: that they take what was said yesterday by Mr. Gibson and, if necessary, what I said. However, I would point out that my notes are my impression of what he said. Counsel and his colleague should make sure that these amendments reflect what Mr. Gibson said yesterday. That is what I am proposing and that is what I think the committee is seized of. It is clearly seized of the principles that were put forward yesterday but not of the wording. I think the committee would be reasonable if it insisted that it would like to know that these words reflect those objectives.

The Chairman: I agree, Senator Frith.

Senator Frith: We can still debate the principles and whether we are in agreement with the principles. However, I do not think we can really vote on the amendments until we are sure that the amendments reflect those principles.

Senator Hastings: Has Senator Frith moved the motion?

Senator Frith: Yes, I have.

[Traduction]

sion préliminaire de la Commission nationale des libérations conditionnelles parallèlement à celle que prévoyait le premier ensemble d'amendements, mais en faisant commencer plus tôt le processus de révision, afin de réserver suffisamment de temps pour la procédure judiciaire. Par ailleurs, ces dispositions invoquent le pouvoir du procureur général du Canada de réviser les cas dans lesquels la Commission décide qu'une demande de suspension immédiate s'impose, et de prendre les mesures nécessaires pour amorcer une procédure judiciaire. Les articles 14.2 à 14.6 sont à peu près identiques aux articles 689 à 693 du Code criminel. L'article 14.7 est à peu près identique à l'article 688 du Code criminel. Les articles 14.8 et 14.9 sont essentiellement identiques aux articles 694 et 695 du Code criminel. Vous remarquerez que l'article 14.8 consacre le droit d'appel évoqué hier par mon sous-ministre.

Le Solliciteur général du Canada a proposé de comparaître en personne, ou de demander à son sous-ministre de comparaître pour préciser ces dispositions au moment qui nous conviendrait le mieux.

Je pense, sénateur Frith, qu'il est question de sept motions distinctes, que nous allons devoir présenter une par une. Actuellement, il nous est pratiquement impossible de les étudier en détail. Nous devons y revenir. Encore une fois, c'est au Comité de décider comment les motions doivent être étudiées.

Le sénateur Frith: Je suis bien de votre avis, madame le Président. Naturellement, nous ne pouvons pas étudier ces amendements article par article, car nous ne sommes pas prêts à le faire. Peut-être devrions-nous vérifier si leur formulation est conforme aux principes dont j'ai parlé, et aux arguments formulés hier par M. Gibson. Cette comparaison me semble même primordiale. On devrait la confier à notre conseiller parlementaire et à son collègue. Je propose qu'ils entreprennent cette étude sur la base de ce qu'a dit hier M. Gibson et, au besoin, de ce que j'ai dit moi-même. Je signale d'ailleurs que mes notes correspondent à ses propos tels que je les ai compris. Le conseiller et son collègue doivent donc vérifier si ces amendements correspondent bien aux propos tenus hier par M. Gibson. Voilà ce que je propose, et c'est bien, je pense, ce dont le Comité est saisi. En fait, il est saisi des principes qui ont été présentés hier, et non pas de la formulation exacte des propositions. Le Comité pourrait exiger de savoir si ces amendements sont conformes aux objectifs évoqués.

Le président: Je partage votre avis, sénateur Frith.

Le sénateur Frith: Nous pouvons néanmoins évoquer ces principes, et voir s'ils nous semblent acceptables. Cependant, je ne pense pas que nous puissions véritablement voter sur les amendements avant d'être certains qu'ils sont conformes à ces principes.

Le sénateur Hastings: Le sénateur Frith a-t-il proposé la motion?

Le sénateur Frith: Oui.

[Text]

Senator Hastings: My point of order is then triggered. I have not yet had a chance to study completely the amendments as now proposed by the Solicitor General, but from my first glance at them I can only suggest, Madam Chairman, that my point of order as raised before still stands; that is to say, that the amendments as proposed by the Solicitor General and now by Senator Frith are out of order in that they go beyond the scope of Bill S-32, which this committee is seized of.

In Mr. Gibson's presentation which was given yesterday, he said, and I quote:

... traditionally the scope of the bill has been determined by looking at its title and its subject-matter ...

He substantiates this position with references from *May* and *Redlich*, both of whom are authorities on British practice. However, Canada and U.K. procedure seem to vary on this point.

If I might, I will quote from Erskine May, *Parliamentary Practices* 19th edition, page 506, which states:

The objects of a bill are stated in its long title, which should cover everything contained in the bill, as introduced ... Amendments however, are not necessarily limited by the title of the bill, since a committee is empowered by Standing Order No. 42 to make amendments 'relevant to the subject-matter of the bill' provided that, where such amendments are outside the title, the committee extends the title so as to cover them.

Clearly, then, the English practice, sanctioned by a formal standing order in their rules, accepts amendments which are relevant to the subject matter of the bill. It is questionable whether Canadian practice does so.

May, at page 521, states:

An amendment is out of order if it is irrelevant to the subject-matter or beyond the scope of the bill.

Beauchesne, at Citation 773(1) states:

An amendment is out of order if it is irrelevant to the bill or 'beyond its scope'.

Neither the house nor the Senate has a rule comparable to England's standing order No. 42. Canadian precedents seem to favour a more strict interpretation of how to define the scope of a bill.

Madam Chairman, it will be your responsibility to define the scope of Bill S-32 and whether or not the amendments as proposed by Senator Frith go beyond the scope of that bill. I can only quote to you no better authority than the Deputy Solicitor General, as regards defining the scope of Bill S-32. Yesterday the Deputy Solicitor General said that the subject matter of the bill is stated in clause 3, that is, revocation of mandatory supervision, and point 4, which is the power of the Parole Board to deal with those under mandatory supervision as though they were parole inmates. Thus I submit that the scope of Bill S-32 has to do with both acts as they affect both

[Traduction]

Le sénateur Hastings: Dans ce cas, j'en reviens à mon objection. Je n'ai pas encore eu la possibilité d'étudier complètement les amendements proposés par le Solliciteur général, mais à première vue, j'estime que l'objection que j'ai formulée précédemment est toujours valable; c'est-à-dire que les amendements proposés par le Solliciteur général, et maintenant par le sénateur Frith, sont irrecevables dans la mesure où ils dépassent la portée du projet de loi S-32 dont le Comité est saisi.

Dans son intervention d'hier, M. Gibson a dit ceci—je cite:

... la portée d'un projet de loi est depuis toujours déterminée par son titre et son sujet ...

Il appuie son opinion sur des références à *May* et *Redlich*, qui font autorité en ce qui concerne la procédure britannique. Il semble pourtant que la procédure canadienne diffère de la procédure britannique à cet égard.

Si vous le voulez bien, je voudrais vous donner lecture d'un extrait des *Parliamentary Practices* d'Erskine May, 19^e édition, page 506:

L'objet d'un projet de loi est énoncé dans son titre complet, qui doit couvrir tout ce que contient le projet de loi présenté ... Cependant, les amendements ne sont pas nécessairement limités au titre du bill, car l'article 42 du Règlement autorise les comités à apporter des amendements qui portent sur le sujet du projet de loi, sous réserve que dans le cas où les amendements portent sur des sujets qui n'apparaissent pas dans le titre, le Comité étende ce titre de façon à les y englober.

De toute évidence, la procédure anglaise, consacrée par un article du Règlement, accepte donc les amendements qui concernent le sujet du projet de loi. On peut néanmoins se demander s'il en va de même pour la procédure canadienne.

En page 521, *May* déclare qu'un amendement est irrecevable:

s'il ne se rapporte pas à l'objet du projet de loi, ou s'il en dépasse la portée.

En outre, *Beauchesne* déclare, au paragraphe 773(1), qu'un amendement est irrecevable:

«S'il ne se rapporte pas au projet de loi, ou s'il en dépasse la portée.»

On ne trouve ni à la Chambre, ni au Sénat, de règle comparable à l'article 42 du Règlement britannique. Au Canada, les précédents semblent favoriser une interprétation plus stricte de la «portée» d'un projet de loi.

Madame le Président, c'est à vous qu'il incombera de définir la portée du projet de loi S-32 et de déterminer si les amendements proposés par le sénateur Frith vont au-delà de cette définition. Je ne peux malheureusement vous citer d'autorité plus pertinente que celle du Solliciteur général adjoint, en ce qui a trait à la définition de la portée du projet de loi S-32. En effet, le Solliciteur général adjoint a déclaré hier que l'objet du projet de loi était défini à l'article 3, à savoir la révocation du droit à la liberté sous surveillance obligatoire, ainsi qu'à l'article 4, qui confère à la Commission des libérations conditionnelles le pouvoir de décider des cas de surveillance obliga-

[Text]

the inmates who are paroled and those who are under mandatory supervision and their relationship to the board. I have not yet been able to find in the amendments that have been made by Senator Frith one word on mandatory supervision, notwithstanding his suggestion or his submission that the scope of the bill deals with inmates on mandatory supervision. What the amendments do now is move into an entirely new area which is not covered by Bill S-32. They move over into the area dealing primarily with inmates imprisoned or in custody, and have nothing whatsoever to do with an inmate on mandatory supervision, which is the scope of Bill S-32, the bill we have before us.

As a final suggestion, Madam Chairman, I think that, if we accept these amendments, we go beyond our own standing order No. 71, wherein it states:

A standing committee shall be empowered to inquire into and report upon such matters as are referred to it from time to time . . .

We have never had gating referred to us by the Senate. In sponsoring the bill and presenting it to the Senate for consideration, I never once gave any indication that we would be dealing in this committee with gating or that we would move into any amendments or any forms of treatment of inmates in custody. We were dealing with the single issue of mandatory supervision and what happens when mandatory supervision is revoked—a bill of six or eight clauses. We now have before us eight pages of amendments, and I don't know how many clauses, which, in effect, create a whole new bill which has never been referred to this committee.

I refer you, Madam Chairman, to the witnesses who appeared before this committee. Over the past six months, not one witness ever referred to the amendments that are now presented before us that deal with holding an inmate in custody, that create a whole new class of inmate—discussing possible dangerous offenders and so forth—and that move completely beyond and outside the scope of Bill S-32, which bill was referred to this committee for consideration by the Senate. As such, the amendments are out of order and are beyond the consideration of the committee.

I hope I have been of some assistance to the Chair in resolving the point of order.

The Chairman: Senator Hastings, you have indeed been of assistance, but I am not sure that we have resolved anything yet.

Senator Frith: May I speak to the point of order, Madam Chairman?

The Chairman: Yes.

[Traduction]

toire comme s'il s'agissait de détenus en libération conditionnelle. Par conséquent, je suggère que la portée du projet de loi S-32 intéresse les deux lois, étant donné qu'elle s'applique aux détenus en libération conditionnelle et à ceux placés sous surveillance obligatoire, ainsi qu'à leurs liens avec la Commission. Je n'ai pu encore relever, dans les amendements qui ont été proposés par le sénateur Frith, aucune disposition relative à la surveillance obligatoire, mis à part sa déclaration selon laquelle la portée du projet de loi concerne les détenus libérés sous surveillance obligatoire. Dans la pratique, ces amendements amènent une question entièrement nouvelle, qui ne tombe pas sous le coup du projet de loi S-32. Ils intéressent principalement les détenus en institution et n'ont absolument rien à voir avec les détenus libérés sous surveillance obligatoire, qui constituent le véritable objet du projet de loi S-32, que nous avons devant nous.

En dernier lieu, madame le Président, je crois qu'en acceptant ces amendements, nous risquerions d'outrepasser l'article 71 de notre propre Règlement, à savoir:

Un comité permanent est autorisé à faire enquête et rapport sur toutes questions qui peuvent, de temps à autre, lui être soumises . . .

Le Sénat ne nous a jamais soumis la question de la suspension immédiate de la libération sous surveillance obligatoire. Au moment de parrainer le projet de loi et de le soumettre à la considération du Sénat, je n'ai jamais mentionné le fait que ce comité allait s'intéresser la question du suspension du droit à la libération, ni que nous allions nous pencher sur quelque amendement concernant une forme de traitement imposé aux détenus. Nous devons uniquement examiner la question de la liberté sous surveillance obligatoire et l'éventualité de la révocation de ce droit, sous la forme d'un projet de loi comportant six ou huit articles. Nous avons maintenant devant nous huit pages d'amendements, réparties en je ne sais plus combien d'articles qui, en fait, constituent un projet de loi totalement nouveau, n'ayant jamais été soumis à la considération de ce comité.

Madame le Président, je vous renvoie aux témoignages des personnes qui ont comparu devant ce comité. Au cours des six derniers mois, aucun de ces témoins n'a même fait allusion aux amendements que nous maintenant devant nous, qui portent sur la surveillance des détenus, créant ainsi une toute nouvelle catégorie de détenus, et soulevant même la question des détenus dangereux, ce qui a pour effet d'outrepasser la portée du projet de loi S-32, qui avait été soumis à la considération du Sénat par le biais de ce comité. De par leur nature, ces amendements sont irrecevables et vont au-delà de la compétence de ce comité.

J'espère que ces quelques observations auront aidé le Président à résoudre cette question de Règlement.

Le président: Sénateur Hastings, vous nous avez effectivement aidé, mais je ne suis pas certaine que la question soit vraiment résolue.

Le sénateur Frith: Madame le Président, puis-je commenter cette question de Règlement?

Le président: Oui.

[Text]

Senator Frith: To some extent I will briefly repeat what was said by the Deputy Solicitor General. Of course, Senator Hastings has stated his position and has emphasized some aspects of the matter. I have the following points to make.

On the specific bill before us we seem to be agreed, and the authorities seem to be agreed, that the test is the scope of the bill and that amendments outside the scope of the bill are not in order. The key word, then, is "scope." How is scope defined? There does not seem to be much disagreement on the point that it is defined or discovered by examining the title of the bill and its subject matter. What do the amendments deal with, considering first the title of the bill? They deal with the Penitentiary Act and with the Parole Act. I quote exactly what was referred to the committee, the title of the bill:

An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act.

Therefore, the amendments clearly meet the first test of scope, namely, whether they deal with the title of the bill. They do.

Do the amendments deal with the subject matter of the bill? Senator Hastings has said that the subject matter of the amendments is gating and that the amendments have nothing whatever to do with mandatory supervision.

It seems to me that the whole subject of gating is clearly connected to the subject of mandatory supervision. Gating arises, as I understand it, when someone has earned remission and someone else says that that should be revoked. The word that has been used with it is "gating". I suppose the amendments could be seen to have nothing whatever to do with the bill if we were talking about something that had nothing to do with the Penitentiary Act, nothing to do with the Parole Act and nothing to do with mandatory supervision or with prisoners earning remission. It seems to me, therefore, that it is virtually admitted that, on the English tests, there is no question but that the amendments are within the scope of the bill. Senator Hastings has pointed out that the Canadian practice may not be the same as the English practice, and he has said it is "questionable" whether the Canadian practice is the same as the British practice. Another word he used, which I noted, was that Canadian practice "seems" to be more restrictive. Moving away from the specific test—namely scope on title and scope of subject matter, which it seems to me these amendments meet—it seems to me that if we establish such a precedent here where we have an amendment dealing with the subject that is dealt with here, and dealing with the items in the title, namely the Penitentiary Act and the Parole Act, we are being unnecessarily restrictive, and it would be a very bad precedent for us to be so restrictive with regard to amendments.

Genly speaking on procedural matters, I suggest that in Parliament the test should be that no rule should prevent Parliament doing something it wants to do. That does not mean that it should do everything totally ignoring any procedures. However, when it comes to Parliament or a committee

[Traduction]

Le sénateur Frith: Dans une certaine mesure, je reprendrai brièvement les propos du Solliciteur général adjoint. Évidemment, le sénateur Hastings a exposé la position de ce dernier et a fait valoir certains aspects de la question. Pour ma part, je voudrais signaler les quelques points suivants.

En ce qui a trait au projet de loi que nous avons devant nous, et nous semblons tous nous entendre sur ce point, les amendements qui dépassent la portée de ce projet de loi sont irrecevables. Par conséquent, le terme clé est celui de « portée ». Comment cette notion peut-elle être définie? Il semble y avoir consensus sur le fait que la portée peut être définie ou établie à la lumière du titre et de l'objet du projet de loi. Si nous considérons d'abord le titre du projet de loi, sur quoi semblent porter les amendements? Ils concernent la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus. Pour reprendre le titre exact du projet de loi présenté au Comité:

Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus.

Par conséquent, les amendements satisfont au premier critère de définition de la portée, c'est-à-dire qu'ils correspondent effectivement au titre du projet de loi.

D'autre part, les amendements respectent-ils l'objet du projet de loi? Selon le sénateur Hastings, ces amendements concernant la suspension immédiate du droit à la libération et n'auraient rien à voir avec la question de la surveillance obligatoire.

Il me semble que cette question de suspension du droit à la libération est intimement liée à celle de la surveillance obligatoire. Si j'ai bien compris le principe de la suspension, une telle situation se produit lorsqu'un détenu a mérité une réduction de peine et que ce droit lui est contesté. On parle ici de « suspension immédiate de la libération sous surveillance obligatoire. » Je suppose que la pertinence de ces amendements pourrait être mise en doute si leur objet était totalement étranger à la Loi sur les pénitenciers, à la Loi sur la libération conditionnelle de détenus, à la surveillance obligatoire ou à la réduction de peine méritée. Par conséquent, il me semble incontestable, à la lumière des critères britanniques, que ces amendements tombent sous la portée du projet de loi qui nous intéresse. Le sénateur Hastings a souligné que la pratique canadienne à cet égard pouvait différer de la procédure britannique. Il a également signalé que la pratique canadienne « semblait » plus restrictive. Si nous nous éloignons un peu du critère précis, à savoir la portée du titre et de l'objet du projet de loi qui, à mon avis, semble avoir été respectée dans ces amendements, il me semble qu'en établissant un précédent pour un amendement qui traite de l'objet pertinent et qui respecte les éléments du titre du projet de loi, à savoir la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle des détenus, nous adoptons ainsi une conduite inutilement restrictive, qui pourrait ultérieurement nous nuire sur le plan des amendements.

Dans l'optique générale de la procédure, je crois que le critère parlementaire à cet égard devrait être tel qu'aucune règle n'interdise au parlement d'étudier une question qu'il juge pertinente. Évidemment, je ne préconise pas le rejet total de la procédure. Cependant, lorsqu'il s'agit de mesures législatives

[Text]

wanting to do something legislative, the rules should be interpreted in favour of expressing that intent and not in favour of inhibiting it.

The Chairman: Thank you, Senator Frith. Honourable senators, I think it might be useful at this point just to throw all the arguments on the table so that you may hear both sides. As I indicated to you yesterday, I had asked our legal counsel, Mr. du Plessis, to furnish me with a legal opinion on the point of order that was raised, for the benefit of the committee. He has laboured over it for some time, and we had long discussions about it late last night. I have just got a final draft of it, of which we have made copies.

What I propose to do is distribute copies of the opinion to you and indicate to you immediately that I agree with some of the points made by Mr. du Plessis and I disagree with others. It might be easier, as I read the letter to you, which I shall do, for me to indicate where I agree and where I have difficulty with his conclusions. I think it might help you in deciding which arguments appear to be most persuasive.

The letter from Mr. du Plessis is dated May 25, and reads:

Dear Senator Neiman,

Yesterday, May 24, 1983, the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met to discuss Bill S-32, An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act, and to discuss certain amendments to the Bill placed before the Committee by the Solicitor General, which are intended to legalize a practice of the National Parole Board commonly known as the "gating" of inmates.

At the meeting, Senator Hastings gave notice to the Committee that if the amendments were moved he would, on a point of order, object to them on the grounds that the amendments were beyond the scope of the Bill. The Deputy Solicitor General, who was apprised of the nature of the Senator's objection, gave argument why the objection, if made, should be overruled. Issue having been joined you have asked me for guidance on the question. My view, which I subject to the caveat that the question is one in the domain of parliamentary practice and procedure and not that of law, is as follows.

I emphasize that comment that was made.

According to both Bourinot, in his *Parliamentary Procedure*, 4th ed., p. 321, and to Erskine May, in his *Parliamentary Practice*, 19th ed., p. 388, it is of the essence that every amendment be relevant to the question on which the amendment is proposed. The Deputy Solicitor General argued for recognition of the existence of this

[Traduction]

envisagées par le Parlement ou par un comité, le Règlement devrait être interprété de manière à favoriser une telle démarche plutôt que de l'interdire.

Le président: Merci, sénateur Frith. Honorables sénateurs, je crois qu'il serait utile, à ce stade, de jouer cartes sur table et d'entendre les deux côtés de la question. Comme je vous l'ai indiqué hier, j'ai demandé à notre conseiller juridique, M. du Plessis, de me fournir son opinion professionnelle sur la question de Règlement que nous avons soulevée, pour le bénéfice de ce Comité. Après avoir minutieusement pesé la question, il a bien voulu se prêter, tard hier soir, à une longue discussion à cet égard. Je viens de recevoir la version définitive de ses considérations, dont nous avons tiré quelques copies.

Je propose donc de vous distribuer des copies de cette lettre, en précisant toutefois que je n'appuie pas systématiquement tous les points soulevés par M. du Plessis. Il sera peut-être plus facile de vous faire la lecture de cette lettre et d'indiquer, au fur et à mesure, les opinions auxquelles je souscris et les opinions à l'égard desquelles j'émetts quelques réserves. Vous serez peut-être ainsi mieux en mesure de décider des arguments qui semblent le plus convaincants.

La lettre de M. du Plessis, en date du 25 mai, se lit comme suit:

Madame le sénateur,

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles s'est réuni hier, le 24 mai 1983, en vue de discuter du projet de loi S-32 visant à modifier la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle des détenus, et de discuter de certains amendements au projet de loi qui ont été soumis à la considération du Comité par le Solliciteur général, et qui ont pour objet de légaliser la pratique de la Commission nationale des libérations conditionnelles connue sous le nom «suspension immédiate de la libération sous surveillance obligatoire» des détenus.

A l'occasion de cette séance, le sénateur Hastings a signalé au Comité que, dans l'éventualité où les amendements seraient approuvés, il entendait soulever une question de Règlement de manière à s'opposer à ces amendements qui, à son avis, dépassent la portée du Projet de loi. Le Solliciteur général adjoint, qui avait été mis au courant de la nature de l'objection formulée par le Sénateur, a fait valoir un argument selon lequel une telle objection serait rejetée. En vue de faire le point sur la question, vous avez donc fait appel à mes services. Je dois d'abord vous faire une mise en garde contre le fait qu'il s'agit d'une question de pratique et de procédure parlementaires, et non pas d'un problème d'ordre juridique. Et j'insiste sur cette observation.

Néanmoins, voici comment j'entrevois la question.

Selon Bourinot, dans *Parliamentary Procedure*, 4^e édition, p. 321, et Erskine May, dans *Parliamentary Practice*, 19^e édition, p. 388, chaque amendement doit, de par sa nature, être pertinent à la question sur laquelle porte le projet de loi. L'argumentation du Solliciteur général adjoint se fonde d'ailleurs essentiellement sur l'existence

[Text]

fundamental rule throughout his presentation. I, too, am of the view that relevance is the fundamental principle—

I would stress that:

... against which all other tests must be measured for their usefulness.

I interject that I would agree with that myself. The letter continues:

To be more specific, my view is constructed from the following three statements in May. The first is found at page 521, under the heading "Inadmissible Amendments". It reads:

"An amendment which is out of order on any of the following grounds cannot be proposed from the Chair:

(1) An amendment is out of order if it is irrelevant to the subject matter or beyond the scope of the bill ..."

That appears to be the state of our parliamentary rules of procedure, and I would agree with that.

The second and third quotations, found at pages 509 and 511 respectively, are useful in helping the reader to understand what May means when he speaks of an amendment that is irrelevant to the subject-matter of the bill or beyond the scope of the bill. They read:

"An instruction is necessary to authorize the introduction of amendments into a bill, which extend its provisions to objects not strictly covered by the subject matter of the bill as disclosed on the second reading, provided that these objects are cognate to its general purpose."

"An instruction is out of order—

(i) if it attempts to embody in a bill principles which are foreign or not cognate to the bill, or are outside its scope and declared intention;"

This was part of our discussion, so that I could clarify this in my mind last night. It appears that the subject matter encompasses a narrower or smaller range, and the scope of the bill is something larger. In other words, what these two sections taken together mean is that if something is outside the scope of the bill it cannot be altered by any amendment. If it is inside the scope but still outside the subject matter of a bill it can be amended by instructions from the House. Then you have this third category, which is explained here in some detail, where, if it falls within the subject matter of the bill itself, it can be amended without any problem whatsoever. The letter continues:

From the above, it can be deduced that an amendment can fall into one of three categories.

Here it is explained much better than I have just done.

The first is that of amendments beyond the scope of the bill. An amendment that would embody in a bill principles not cognate to its general purposes cannot be enter-

[Traduction]

de cette règle fondamentale. Je suis également d'avis que la pertinence d'un amendement constitue un principe fondamental ...

Et j'insiste sur ce point:

... qui doit servir de point de base à l'établissement de tout autre critère.

Je voudrais ajouter que je souscris entièrement à cette opinion. M. du Plessis poursuit:

De façon plus précise, ma propre argumentation se fonde sur trois déclarations de May. La première figure en page 521, sous la rubrique «Amendements irrecevables», et se lit comme suit:

Il est interdit au Président de recevoir toute proposition d'amendement:

(1) si l'amendement ne se rapporte pas à l'objet du projet de loi ou s'il en dépasse la portée ... (traduction)

Cela semble correspondre à nos propres règles de procédure parlementaire et, par conséquent, j'appuie ce point.

Les deuxième et troisième citations, qui figurent respectivement en page 509 et 511, permettent aux lecteurs de mieux comprendre ce que May entend par un amendement qui ne se rapporte pas à l'objet du projet de loi ou qui en dépasse la portée:

L'adoption d'un amendement portant sur un objet qui diffère quelque peu de celui divulgué en deuxième lecture du projet de loi, peut être autorisée à condition que cet amendement respecte la teneur générale du projet de loi, et qu'il ait fait l'objet d'une instruction préalable. (traduction)

Par ailleurs: une instruction est irrecevable

(i) si elle a pour objet d'inclure, dans un projet de loi des principes qui sont étrangers à la nature de ce projet de loi, ou qui dépassent sa portée ou son intention manifeste; (traduction)

Nous avons d'ailleurs discuté ce point et j'ai pu circonscrire la question hier soir. Il semble que l'objet d'un projet de loi désigne une réalité plus restreinte, tandis que sa portée revêt un sens plus général. En considérant ces deux articles, il ressort que tout amendement qui dépasse la portée du projet de loi serait, de ce fait, rejeté. Si, par contre, un amendement tombe sous la portée d'un projet de loi, mais qu'il en dépasse l'objet, il peut tout de même être adopté sur instruction de la Chambre. Par ailleurs, il existe une troisième catégorie, qui est ici expliquée de façon assez détaillée, et en vertu de laquelle tout amendement se rapportant à l'objet du projet de loi comme tel peut être adopté sans aucun problème. M. du Plessis poursuit ainsi:

À la lumière de ce qui précède, nous pouvons déduire qu'un amendement peut tomber dans trois catégories distinctes.

Il expose ensuite la question beaucoup plus clairement que je n'ai su le faire:

La première concerne les amendements qui dépassent la portée du projet de loi. Aucun amendement qui aurait pour effet d'inclure dans un projet de loi des principes

[Text]

tained by the Committee and cannot even be the subject of an instruction from the House.

The second category is that of amendments within the scope of the bill but not relevant to its subject-matter. These amendments have objects not covered by the subject-matter of the bill. An amendment in this category, assuming that it is within the scope of the bill, cannot be entertained by the committee on its own initiative but can be the subject of an instruction to the committee from the House.

The last category of amendments encompasses all those that are both relevant to the subject-matter and within the scope of the bill. Amendments in this category are within the competence of the committee.

In attempting to further understand the distinction between amendments that need no instructions, those that need an instruction and those in respect of which no instruction can be made, it helps to recall some of the basics of parliamentary procedure. In the Senate, the purpose of the first reading of a bill is dissemination or distribution (rule 55). The purpose of the second reading of a bill is to approve of the principle it advances (rule 56). The purpose of third reading of a bill is to pass the bill (rule 57), thereby approving it with respect to principle and content and with respect to the harmonization of these two. The purpose of committee stage, because it is not contained in the rules, must be deduced from its place in the parliamentary process and from the procedures, such as clause by clause review, that have evolved for committee use. In my opinion, second reading in the Senate fixes the principle of a bill and so its scope;—

There is a point on which we had some discussion last evening and I was furnished with some quotations from Speakers' rulings which use those terms interchangeably—principle and scope—so that I have concluded that that, in fact, when we are talking about the scope, we are also talking about the principle of the bill.

To continue:

—that is the reason why even the Senate cannot instruct a committee to consider amendments that contradict the principle of a bill or, more importantly, amendments that go beyond the scope of that principle.

I find that somewhat contradictory to other things he is saying. If the principle and scope are interchangeable, I cannot see how he can go beyond the scope of the principle. It goes on:

On the other hand, a committee, which is the real workshop in Parliament for the text of a bill, must have a free hand in respect of that text in order to ensure that it is the best possible text for implementing the principle approved.

[Traduction]

étrangers à sa teneur générale ne peut être apporté par le Comité, même sur instruction de la Chambre.

La deuxième catégorie intéresse les amendements qui tombent sous la portée du projet de loi sans toutefois se rapporter à son objet. Ces amendements portent sur des questions étrangères à l'objet du projet de loi. Aucun amendement tombant dans cette catégorie, en présumant donc qu'il respecte la portée du projet de loi, ne peut être adopté par le Comité de sa propre initiative, mais pourrait faire l'objet d'une instruction donnée par la Chambre au Comité.

La dernière catégorie d'amendement regroupe tous ceux qui intéressent soit l'objet, soit la portée du projet de loi. Ce type d'amendement relève de la compétence du Comité.

Afin de mieux saisir la distinction entre les amendements qui peuvent être adoptés sans instruction, ceux qui doivent faire l'objet d'une instruction de la Chambre et ceux à l'égard desquels la Chambre ne peut rendre aucune instruction, il peut être utile de répéter certains rudiments de procédure parlementaire. Au Sénat, la première lecture d'un projet de loi a pour objet sa divulgation ou sa distribution (art. 55). La deuxième lecture d'un projet de loi vise à faire approuver le principe dont il s'inspire (art. 56). La troisième lecture est l'étape de l'adoption (art. 57), c'est-à-dire l'approbation du principe et du contenu du projet de loi et l'harmonisation de ces deux aspects. L'étape de l'étude en comité, qui ne figure pas dans le Règlement, doit être définie en fonction de la pratique et de la procédure parlementaires, comme dans le cas de l'examen article par article, qui a été ajouté à l'intention du Comité. A mon avis, la deuxième lecture devant le Sénat a pour objet d'établir le principe et la portée d'un projet de loi;

Ce point a dû faire l'objet de quelques discussions hier soir, et j'ai pu prendre connaissance de décisions du Président dans lesquelles ces termes de «principe» et de «portée» étaient employés indifféremment; j'ai donc pu en conclure que, dans la pratique, lorsque nous parlons de la portée, nous faisons également allusion au principe du projet de loi.

Je continue:

c'est pourquoi le Sénat ne peut ordonner à un comité d'étudier des amendements qui entrent en contradiction avec le principe d'un projet de loi ou, ce qui importe davantage, d'amendements qui dépassent la portée de ce principe.

Cet argument me semble quelque peu contradictoire avec d'autres de ses observations. Si le motif et le cadre sont interchangeables, je ne peux saisir comment il peut dépasser le cadre du motif. Il poursuit:

En revanche, un comité, où s'effectue le véritable travail de rédaction d'un projet de loi, doit avoir une certaine liberté d'action pour que le texte du projet de loi puisse appliquer du mieux possible le motif approuvé.

[Text]

I turn now to the Solicitor General's proposed amendments and to Senator Hastings' proposed objection. The objection is framed in language that refers to the amendments as being beyond the scope of the bill. In my opinion, in order to determine whether the objection is valid, one must ask the question of whether the principle the amendments advance is within the principle approved by the Senate on second reading of the bill. All bills in Parliament can be said to address a perceived problem in the current state of the law by proposing a solution.

I think that is a significant comment. It goes on:

The combination of the problem and the solution amount to the principle advanced by the bill and thus its purpose or scope.

I think I would be correct in saying that this is the thesis advanced by our legal counsel, but there is nothing that we have been able to find in the authorities that define that in those precise terms. You might be able to infer that from all the rulings that have been made. It goes on:

In the case of Bill S-32, the problem addressed is the deficiency in the mandatory supervision program known as the "revolving door syndrome." The solution proposed is the restriction of the right to be released on mandatory supervision to one chance per sentence.

If the principle of Bill S-32 as approved by the Senate is said to be the restriction of the mandatory supervision program, then the amendments proposed by the Solicitor General are within that principle and, therefore, within the purpose or scope of the bill. If, however, it is said that the principle approved by the Senate is the application of the one chance doctrine . . .

That is, simply the remedy to this perceived problem—

to the mandatory supervision program, then they are not. The question is one of interpretation and, therefore, one on which reasonable minds may differ. It would be best answered by those who have been party to all of the proceedings on the bill to date and so are most familiar with the existing law in the area, the scheme of Bill S-32 as proposed and the relative magnitude of the proposed amendments.

Here I should say that following that reasoning so far, I have begun to part company with our learned counsel here because while I agree with the idea as to the principle—you have to look at what the problem is that we are trying to deal with—I think the problem here is a perceived flaw in the present mandatory supervision program. The solution proposed is to restrict it or to invoke certain measures or to change certain regulations as a result of that perceived problem, which is the revolving door syndrome. My own thinking goes beyond that because I think that that is the kernel or the principle of the bill which is entitled "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act". It is very broad and it is dealing with one perceived problem in the present law regarding the administration of mandatory supervision. If I can anticipate myself a bit, I have found no difficulty in saying to myself, at least, that these proposed amendments intend to deal with another per-

[Traduction]

J'aborde maintenant la question des amendements proposés par le Solliciteur général et l'objection du sénateur Hastings. Le sénateur prétend que les amendements touchent un sujet qui ne fait pas partie du projet de loi. A mon avis, pour accepter cette objection, il faut se demander si le motif des modifications fait partie du motif approuvé par le Sénat à la deuxième lecture du projet de loi. Tous les projets de loi visent à résoudre un problème perçu dans les lois en vigueur.

Cette observation est très importante à mon avis. Il poursuit:

Le problème et la solution combinés correspondent au motif énoncé dans le projet de loi et par le fait même à son intention ou à son cadre.

Je crois pouvoir dire que c'est la thèse défendue par notre conseiller juridique, mais nous n'avons trouvé aucun texte de base donnant une définition précise. Vous pourriez tirer la même conclusion de toutes les décisions qui ont été rendues. Il poursuit:

Dans le cas du projet de loi S-32, on cherche à résoudre les lacunes du programme de libération sous surveillance obligatoire, appelé aussi le «syndrome de la porte tournante». Il est proposé comme solution de limiter à une par peine les libérations sous surveillance obligatoire.

Si le principe du projet de loi S-32, tel qu'il a été approuvé par le Sénat, vise à limiter le programme de libération sous surveillance obligatoire, les amendements proposés par le Solliciteur général en font partie et, par conséquent, entrent dans le cadre du projet de loi. Si, toutefois, le motif approuvé par le Sénat est de limiter à une seule libération sous surveillance obligatoire par peine, . . .

C'est-à-dire simplement le remède au problème perçu . . .

les amendements proposés ne respectent pas ce motif. C'est une question d'interprétation à propos de laquelle les vues de gens raisonnables peuvent diverger. Ceux qui sont les mieux placés pour répondre sont ceux qui ont participé à tous les travaux concernant le projet de loi, et sont donc les plus au courant de la loi actuelle, du projet S-32 ainsi de la portée relative des amendements proposés.

Je dois dire qu'ici je ne suis plus d'accord avec notre érudit conseiller juridique parce que, tout en acceptant son idée du motif—il nous faut déterminer le problème à résoudre—j'estime que c'est une lacune de l'actuel programme de libération sous surveillance obligatoire que nous voulons corriger. La solution proposée consiste à le limiter, à appliquer certaines mesures ou à modifier certains règlements en fonction de ce problème, le syndrome de la porte tournante. A mon avis, c'est le cœur ou le motif du projet de loi intitulé «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus». Il s'agit d'un sujet très vaste qui touche un des problèmes de la loi actuelle concernant l'administration de la libération sous surveillance obligatoire. Pour ma part, j'ai vite compris, au moins, que les amendements proposés cherchaient à régler un autre problème. Sur ce point, je diverge

[Text]

ceived problem in the mandatory supervision program. It is at this point that I am parting company slightly with the reasoning of Mr. du Plessis. His letter goes on:

If enacted, the proposed amendments will subject to incarceration persons who, under the present law and under Bill S-32 as approved, would be entitled to be freed subject to mandatory supervision.

And subject to good behaviour, of course. It continues:

Procedure, whether it is parliamentary procedure or court procedure, is designed to protect the subject from hasty and ill-considered decisions. Preferring to—

Mr. du Plessis presumably is speaking from his own point of view here.

—err in favour of the liberty of the subject, it is my opinion that the amendments are best viewed as being beyond the principle of Bill S-32 as passed on second reading and, therefore, beyond the purpose or the scope of the bill.

I advise the committee now that I disagree with that conclusion that is set out there. He continues:

Were the proposed amendments held to be within the scope of Bill S-32, a further decision would be required. If they were considered to be not relevant to the subject-matter of the bill, then an instruction from the Senate would be required to empower the committee to deal with them. If they were considered to be relevant, the committee could proceed immediately. For the following reasons I am of the view that what is meant by the subject-matter of a bill is its contents, not the general topic area of the bill.

First, in order to allow for the existence of a category of amendments that do need instructions, the subject-matter of a bill must be something completely within its purpose or scope or principle and yet something less than these.

Second, rule 71 of the Senate restricts the powers of a standing committee to matters referred to it. The matter referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, in the case of Bill S-32, is a document, the bill, not a topic. Of course, an amendment wider than a technical amendment can be made to the bill by the Committee without instructions. It can even take the form of a new clause. It need not be to the content of Bill S-32, in the sense of being an amendment of that content, but it must be relevant to the content of the bill.

I would agree with that comment.

Senator Robichaud: Could we have a definition, Madam Chairman, of the expression, "instruction from the Senate" in the current context? How could an instruction be proceeded with?

The Chairman: That is a procedural matter. That is well set out; and I will explain that later. It is simply a procedural matter where you go and ask instructions from the Senate

[Traduction]

légèrement d'opinion avec M. du Plessis. Dans sa lettre, il poursuit:

Si les amendements proposés sont adoptés, ils soumettront à l'emprisonnement des détenus qui, en vertu de la loi actuelle et du projet de loi S-32 tel qu'il a été approuvé, pourraient être libérés sous surveillance obligatoire.

Et sous réserve d'un comportement exemplaire, bien sûr. Il poursuit:

La procédure, qu'elle soit parlementaire ou judiciaire, vise à protéger le sujet contre des décisions hâtives et irréfléchies. En commettant l'erreur...

Je présume que M. du Plessis donne ici son avis personnel.

de privilégier la liberté du sujet, les amendements, à mon avis, ne respectent le motif du projet de loi S-32, tel qu'il a été adopté en seconde lecture, et, par conséquent, n'en font pas partie.

J'informe le comité que je conteste cette conclusion. M. du Plessis poursuit:

S'ils en font partie, il faudra prendre une autre décision. S'ils étaient jugés étrangères au champ du projet de loi, le Sénat serait tenu de donner des instructions pour autoriser le comité à les étudier. S'ils étaient jugés en faire partie, le comité pourrait agir sans délai. Pour les raisons que je vais énoncer, je conclus que le champ d'un projet de loi correspond à son contenu, et non à son thème général.

Premièrement, pour proposer des amendements qui ne requièrent pas d'instructions, le champ d'un projet de loi doit respecter entièrement le cadre ou le motif du projet de loi sans le couvrir entièrement.

Deuxièmement, l'article 71 du Règlement du Sénat limite les pouvoirs d'un comité permanent aux questions dont il est saisi. La question qui a été renvoyée au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, dans le cas du projet de loi S-32, est un document, le projet de loi, non un sujet. Bien sûr, le comité peut faire un amendement de portée plus grande qu'un amendement d'ordre technique sans demander d'instruction au Sénat. Il peut même l'amender en rédigeant une nouvelle disposition. L'amendement ne doit pas nécessairement porter sur le contenu du projet de loi S-32, mais il doit du moins s'y rattacher.

Je suis d'accord avec cette observation.

Le sénateur Robichaud: Pourrait-on, madame le président, définir l'expression «instruction du Sénat» dans le contexte actuel? Comment procède-t-on pour obtenir une instruction?

Le président: C'est une question de procédure définie très clairement que j'expliquera plus tard. Il s'agit tout simplement d'une question de procédure qui consiste à demander au Sénat

[Text]

itself to empower the committee to include some further amendments to the bill before it. It is very clearly set out in our rules.

The letter continues:

Having concluded that the subject-matter of a bill is its content and is something less than its purpose or scope or principle, and having expressed the view earlier that the proposed amendments are beyond the scope of the bill, I must conclude that the proposed amendments are not relevant to the subject-matter of Bill S-32. It follows that, were the proposed amendments found to be within the scope of the bill, I would recommend that the Committee seek an instruction from the House to proceed with them.

Before concluding, it would seem appropriate to deal with the points raised by the Deputy Solicitor General in his presentation. The Deputy Solicitor General noted that traditionally the scope of a bill has been determined by looking at its title and subject-matter. Pointing out that in the case of Bill S-32, the long title, An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act, is very broad, he implied that as the proposed amendments were within the scope of that long title, they were within the scope of the bill. Many Acts today are entitled "An Act to amend the . . . Act" and the Opposition in Parliament would be overjoyed if every amendment subsumed within such a title were relevant. Fortunately for the Government such is not the case. Because it is true that parliamentary practice requires a long title to be broad enough to cover everything in a bill, it is usual for long titles to be very broad indeed and, therefore, often exceed the bill's contents in scope.

On the question of scope and subject-matter I have already dealt with the Deputy Solicitor General's arguments in my own.

Finally, with respect to the question raised by paragraph 8(b) of citation 773 at page 233 of Beauchesne's *Parliamentary Rules and Forms* (5th ed.), I am inclined to agree with the Deputy Solicitor Gen that the test is valid only insofar as it advances the principle of relevancy. Although it can be a useful indication of relevancy, it is only that, not more. In this case, it cannot be relied upon solely to support the point of order that has been raised on the proposed amendments.

It follows from what has been said that, as it is my opinion that the Solicitor General's amendments are beyond the scope of Bill S-32, it is also my opinion that the Senate is powerless, barring unanimous consent, to instruct the Committee to consider the amendments.

I have a question in my mind on this point because nothing has been cited anything that says, "with unanimous consent" this could be done, but it may be in our rules. I had understood from the quotation that it could not be done under any circumstances if it were beyond the scope of the bill. The letter goes on to state:

In consequence, I would advise that the proper procedure for the Solicitor Gen to follow would be to incorporate his

[Traduction]

d'autoriser le comité à faire d'autres amendements au projet de loi qu'il est chargé d'étudier. Cette procédure est très bien définie dans notre Règlement.

Je poursuis la lecture de la lettre:

Après avoir conclu que le champ d'un projet de loi correspond à son contenu et est plus restreint que son cadre, et après avoir indiqué que les amendements proposés dépassent le cadre du projet de loi, je dois conclure que les amendements proposés ne font pas partie du projet de loi S-32. Il s'ensuit que, si les amendements proposés étaient jugés en faire partie, je recommanderais que le comité obtienne de la Chambre l'instruction de les étudier.

Avant de conclure, j'ai jugé bon de répondre aux points soulevés par le Solliciteur général adjoint dans son exposé. Celui-ci note que par tradition le cadre d'un projet de loi est déterminé par son titre et son champ. En soulignant que dans le cas du projet de loi S-32, son long titre, c'est-à-dire «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus» a une portée très large, il laisse entendre que les amendements proposés en font partie. Bien des lois aujourd'hui s'intitulent «Loi modifiant la Loi . . . » et les partis d'opposition au Parlement jubileraient si tous les amendements compris dans ce genre de titre étaient recevables. Heureusement pour le gouvernement, ce n'est pas le cas. Comme, il est vrai, la pratique parlementaire oblige un long titre à être assez vaste pour inclure tout le champ d'un projet de loi, les titres sont généralement très vastes et dépassent souvent le champ même du projet de loi.

A propos du cadre et du champ, j'ai déjà indiqué ce que je pensais de l'argument du Solliciteur général adjoint.

Enfin, en ce qui concerne la question soulevée au paragraphe 8b) de l'article 773, à la page 239, de la *Jurisprudence parlementaire de Beauchesne* (5^e édition), je suis porté à me ranger du côté du Solliciteur général adjoint qui défend la validité en fonction du principe de la pertinence. C'est une indication utile, mais sans plus. Dans ce cas, on ne peut pas se fonder seulement sur le principe de la pertinence pour appuyer le point d'ordre soulevé concernant les amendements proposés.

Il en découle que, comme j'estime que les amendements du Solliciteur général dépassent le cadre du projet de loi S-32, je soutiens que le Sénat n'a pas le pouvoir, sauf par consentement unanime, de charger le comité de les étudier.

Je me pose une question à ce sujet parce que rien n'indique que par consentement unanime le Sénat aurait ce pouvoir, mais il se peut que notre Règlement le permette. J'avais cru comprendre qu'il n'en avait le pouvoir en aucun cas quand les amendements dépassaient le cadre du projet de loi. La lettre poursuit:

En conséquence, je conseillerais au Solliciteur général d'inclure ces modifications dans un nouveau projet de loi,

[Text]

amendments into a new bill, to arrange to have the new bill introduced into the Senate and to arrange for the new bill to be sent to the Committee on Legal and Constitutional Affairs after second reading with an instruction from the Senate to the Committee to consolidate Bill S-32 and the new bill. In this way, little time would be lost and only one bill will be sent by the Senate to the House of Commons.

I think this was an objection raised by Mr. Gibson. He was concerned with the fact that if we followed the procedure there would be two bills going to the House of Commons at some point and this would only delay and confuse matters, but that particular problem appears, I believe, to be one that can be resolved.

That, in essence, is the information that we have received from our legal counsel and, so, I would simply like to add to them the conclusions that I have worked through in my own mind which are: that the principle of the bill deals with the perceived problems with the present law regarding mandatory supervision. Bill S-32 deals with a proposed remedy to one perceived problem and these new amendments deal with proposed remedies to another perceived problem.

Therefore, I would suggest to you that the new amendments, which are being proposed, are within the scope of the bill.

I am not so certain in my own mind, and would certainly like to hear further argument, as to whether anybody feels that they are within the subject matter of the bill.

I would remind honourable senators that, when Bill S-32 was first proposed in the Senate, we did it with an agreement on both sides of the house—and Senator Frith can correct me if I am wrong—that there would be only one speaker from each side so that we could move it to committee as quickly as possible and deal with it there. Is that not correct?

Senator Nurgitz: It sounds right to me.

The Chairman: Therefore, the debate really did not go very much beyond the bare bones of the bill as it was presented. I think it would be fair to say that honourable senators did not have the opportunity to consider the wider implications of that bill during the course of second reading and debate.

Senator Nurgitz: I thought we were very comprehensive.

The Chairman: The point I want to make is that we did not consider all ramifications of the bill. Senator Hastings certainly expressed some of the concerns he had with the bill as he was presenting it. However, I have to take issue with the comment made by Senator Hastings in his argument a few minutes ago. He said that not one witness referred to the issue of gating throughout the hearings. Senator Hastings is correct when he uses that word because that is a word that has been coined under the particular circumstances of the law as it presently stands. It was a device or procedure used to get dangerous offenders back into prison, and we call it gating. I am simply saying that that is a term that was coined because the people were allowed out the gate and then brought back in.

[Traduction]

de prendre les dispositions nécessaires pour le présenter au Sénat pour qu'il en saisisse le Comité des affaires juridiques et constitutionnelles après deuxième lecture et lui demande de l'intégrer au projet de loi S-32. De cette façon, on perdrait moins de temps et il n'y aurait qu'un seul projet de loi renvoyé du Sénat à la Chambre des communes.

Je crois que cette proposition a été contestée par M. Gibson qui craignait que le renvoi de deux projets de lois à la Chambre des communes retarde et complique les choses, mais je crois que ce problème peut être résolu.

C'est, du moins, ce que nous a indiqué notre conseiller juridique et j'aimerais simplement y ajouter mes conclusions personnelles: c'est-à-dire que le motif du projet de loi touche les problèmes perçus dans la loi actuelle concernant la libération sous surveillance obligatoire. Le projet de loi S-32 cherche à résoudre un des problèmes de ce mécanisme et les derniers amendements proposés cherchent à en régler un autre.

Par conséquent, je suggérerais que ces amendements respectent le cadre du projet de loi.

Je n'en suis pas tellement convaincu et j'aimerais sûrement entendre d'autres points de vue à ce sujet.

Je rappellerais aux honorables sénateurs que, quand le projet de loi S-32 a été proposé pour la première fois au Sénat, nous avions convenu des deux côtés de la Chambre—et le sénateur Frith peut me corriger si je me trompe—qu'il n'y aurait qu'une intervention de chaque côté pour que nous puissions le renvoyer au comité le plus tôt possible. Est-ce exact?

Le sénateur Nurgitz: Ça me paraît exact.

Le président: Par conséquent, le débat n'a pas vraiment dépassé l'essentiel du projet de loi présenté. Je crois qu'il sera juste de dire que les honorables sénateurs n'ont pas eu la chance d'étudier toutes les répercussions du projet de loi au cours de la deuxième lecture et du débat.

Le sénateur Nurgitz: Je pensais que nous en avions fait une étude exhaustive.

Le président: A mon avis, nous n'en avons pas étudié toutes les répercussions. Le sénateur Hastings a sûrement exprimé certaines de ces craintes quand il a présenté le projet de loi. Toutefois, je dois m'opposer à l'observation qu'il a faite il y a quelques minutes. Il affirme qu'aucun témoin n'avait parlé de la suspension immédiate de la libération conditionnelle pendant les auditions. Le sénateur a raison d'utiliser ce mot parce qu'il a été présenté selon les circonstances particulières de la loi actuelle. C'est un mécanisme utilisé pour renvoyer en prison les criminels dangereux et nous l'avons appelé suspension immédiate de la libération conditionnelle. Toutefois, il est vrai que nous n'avons pas discuté comme tel en comité de ce sujet.

[Text]

However, I agree with you that we did not discuss "gating" *per se* in the committee.

Senator Hastings: It was beyond the scope.

The Chairman: No, here I would respectfully disagree with you because we also knew it was before the courts and it was not appropriate for us to discuss that in any way at all. The fact remains, however, that there were several witnesses who discussed the problem of trying to retain dangerous offenders. Several of them recommended that we try to find a way of doing so. I can think of two such witnesses, Mrs. Blansent from British Columbia and the Attorney Gen of British Columbia. There were others earlier on who said that we should be looking at that issue. I am simply saying that I think there is an obvious connection between the aspect of mandatory supervision that we are dealing with in Bill S-32 and the content of the new proposals. They are two different aspects of the same problem.

I am in your hands, honourable senators. I would like to hear argument respecting subject matter. How closely defined is "subject matter" and are we beyond it? If it is beyond the subject matter of Bill S-32, we would then require instructions from the house. If we feel that there is a sufficient relevance—and I think that is the ultimate test—then it would probably fall within the subject matter of the bill and we could proceed with it. I would adopt Senator Frith's argument that a committee should strive, wherever possible, to formulate its rules and its rulings so as to accommodate the true intent of the bill, which is to try to find remedies to certain problems, which, in this instance, are concerned with the administration of mandatory supervision.

Senator Godfrey: Madam Chairman, I missed the first couple of meetings of this committee. I did hear Senator Hastings and I am a little prejudiced, because I attended two or three meetings of the committee under the illusion that this covered gating. I simply presumed that that was the case because I had read so much publicity on the matter.

I must also confess—although I do not go quite as far as Senator Frith does in saying that if somebody wants to do something, we should therefore stretch the rules—that I am influenced considerably by the fact that I am in favour of the new amendments. I think it is one of those things over which you could almost toss a coin, but under the circumstances because I am in favour of the merits of what is being done I come down on the side that it is legal.

The Chairman: Are you prepared to say, at this point, whether you feel that it comes within the ambit of the subject matter of the bill?

Senator Godfrey: Sure, let's go ahead and deal with it.

Senator Robichaud: Madam Chairman, I missed the first portion of this meeting because I am still waiting for the notice of it. I arrived late for that reason and I would like to have some information with regard to the point of order raised by Senator Hastings. Is he basing his case on a pure technicality

[Traduction]

Le sénateur Hastings: Il dépasse le cadre du projet de loi.

Le président: Non, c'est faux parce que nous savions également que les tribunaux en avaient été saisis et qu'il ne convenait pas que nous en discutions. Il reste toutefois que plusieurs témoins ont parlé du fait de garder les criminels dangereux en prison et que plusieurs d'entre eux nous ont recommandé de trouver des moyens de les garder en prison. Je pense à deux témoins entre autres, M^{me} Blansent de la Colombie-Britannique et le Procureur général de cette province. D'autres avant eux nous ont demandé d'étudier cette question. Je crois qu'il y a un lien évident entre la libération sous surveillance obligatoire que nous étudions dans le cadre du projet de loi S-32 et le contenu des nouvelles propositions. Il s'agit de deux aspects d'un même problème.

Je m'en remets à vous, honorables sénateurs. J'aimerais entendre vos points de vue concernant le champ du projet de loi. Le champ est-il assez bien défini et nous en sommes nous écartés? Si les amendements sont étrangers au champ du projet de loi S-32, nous devons demander des instructions à la Chambre. Si nous estimons que les amendements n'y sont pas étrangères—et je crois que c'est le test ultime—elles seront probablement pertinentes et nous pourrions les adopter. Je serais d'accord avec l'argument du sénateur Frith selon lequel on devrait mandater un comité pour formuler des règles d'application conformes à l'intention réelle du projet de loi, c'est-à-dire de trouver des remèdes à certains problèmes qui, en l'occurrence, concernent l'application de la surveillance obligatoire.

Le sénateur Godfrey: Madame le président, j'ai manqué les deux premières séances de ce comité. J'ai bien entendu parler le sénateur Hastings et je suis un peu déçu, puisque j'ai participé à deux ou trois séances de ce comité en croyant que les discussions porteraient sur la suspension immédiate de la liberté conditionnelle. Je croyais que c'était de cela que nous devions parler à cause de tout le bruit que l'on a fait sur cette question.

Je dois également admettre, sans endosser complètement la position du sénateur Frith selon qui nous devrions assouplir les règles du jeu—mais je suis influencé considérablement par le fait que je suis en faveur des amendements. J'estime qu'il s'agit là d'un domaine dans lequel on peut presque jouer à pile ou face, mais dans les circonstances, étant donné que je suis en faveur de la démarche actuelle, j'en critique la légalité.

Le président: Êtes-vous prêt à affirmer, à ce moment-ci, que ces dispositions sont pertinentes dans le projet de loi?

Le sénateur Godfrey: Certainement, il faut les étudier.

Le sénateur Robichaud: Madame le président, j'ai manqué la première partie de la présente séance parce que je n'ai pas reçu l'avis—je l'attends d'ailleurs toujours. Étant donné que je suis arrivé en retard, j'aimerais avoir quelques renseignements sur le rappel au règlement soulevé par le sénateur Hastings.

[Text]

or is there a reason in principle why he has raised the point of order? Is he objecting to the amendments submitted by the Solicitor General and his deputy? Is he, in other words, objecting to what they are doing, or is he simply raising a technical point as to procedure?

Senator Hastings: In reply to Senator Robichaud, I think I indicated yesterday that I commended the Solicitor General for the amendments that he had proposed, and that, while I have many misgivings—which I will express in due course—I would be prepared to support that section where it is in order. While I am prepared to consider gating as it is proposed, I would support it embodied in a separate bill, because I am far from satisfied with the original Bill S-32; that is my point. If the bill were introduced separately, I have no problem with it whatsoever, subject to many misgivings which I would simply express. To hook it on to Bill S-32, however, is what I object to, because I have very grave concern about the provisions of Bill S-32.

Senator Robichaud: Madam Chairman, that brings to mind the point that was raised by legal counsel to the effect that Bill S-32 should be withdrawn and a new bill introduced. But to introduce such a bill in the same session is definitely against parliamentary procedure. We cannot withdraw this bill and introduce a new one.

The Chairman: Senator Robichaud, the proposal here is that Bill S-32 remain for consideration but that a second bill incorporating those amendments proposed by Senator Frith today be introduced in the Senate, with instructions obtained from the Senate to send it to this committee, and, if deemed worthy, to incorporate it or to join it to Bill S-32. In that way it would eventually become one set of amendments to these two acts.

Senator Robichaud: The second bill would have first and second reading in the Senate, after which, upon instructions of the Senate, the two would be combined. If that were done, would it meet with the objections raised by Senator Hastings?

The Chairman: No.

Senator Frith: That is the very point to which he objects; he does not want them connected.

The Chairman: That would not meet his objections at the moment because he has serious objections to the present Bill S-32. I think, however, we must deal with one point first, if we may.

Senator Robichaud: With all due respect, Madam Chairman, if Senator Hastings, in all sincerity, has objections to certain portions of Bill S-32, he can raise those objections when we come to study Bill S-32. Is he, however, still objecting to the introduction of a second bill in the Senate, which bill would have first and second reading? I am puzzled.

The Chairman: I believe that Senator Hastings is objecting to the procedure, not to the principle or to the substance of the amendments.

[Traduction]

S'agit-il d'une pure technicalité ou a-t-il invoqué le règlement pour des raisons de principe? S'oppose-t-il aux amendements présentés par le Solliciteur général et son adjoint? En d'autres mots, s'oppose-t-il à ce qu'ils font ou ne fait-il simplement que soulever un point technique de procédure?

Le sénateur Hastings: En réponse au sénateur Robichaud, je crois avoir annoncé hier que j'avais félicité le Solliciteur général pour les amendements qu'il a déposés même si j'avais de nombreuses réserves—que j'exprimerai en temps voulu—et je serais disposé à appuyer ces dispositions le cas échéant. Même si je suis prêt à étudier la question de la suspension immédiate de la liberté conditionnelle telle que proposée, je la verrais plutôt dans un projet de loi distinct étant donné que je suis loin d'être d'accord avec la version actuelle du projet de loi S-32. S'il y avait un projet de loi distinct, je n'aurais aucun problème à adopter ces dispositions, avec toutefois de nombreuses réserves que j'exprimerais simplement. Ce à quoi je m'oppose, c'est de les accrocher au projet de loi S-32 qui m'inquiète beaucoup.

Le sénateur Robichaud: Madame le président, cela me rappelle l'intervention du conseiller juridique qui voulait que le bill S-32 soit retiré et remplacé par un nouveau projet de loi. Mais faire cela dans une même session, c'est tout à fait contre la procédure parlementaire. Nous ne pouvons retirer ce projet de loi et en déposer un nouveau.

Le président: Sénateur Robichaud, la proposition qui se trouve devant nous est de garder le projet de loi S-32 mais de déposer aujourd'hui au Sénat un nouveau projet de loi comprenant les amendements du sénateur Frith et de le renvoyer à notre comité qui, s'il le juge souhaitable, l'intégrera ou l'accolera au projet de loi S-32. En ce sens, nous aurions en fin de compte une série d'amendements pour les deux lois.

Le sénateur Robichaud: Le deuxième projet de loi passerait en première et en deuxième lectures au Sénat, après quoi, sur les instructions de ce dernier, les deux projets de loi seraient unifiés. Cela apaiserait-il les craintes du sénateur Hastings?

Le président: Non.

Le sénateur Frith: C'est justement ce qu'il ne veut pas. Il ne veut pas que les deux projets soient reliés.

Le président: Cela ne répondrait pas à ses motifs d'opposition pour le moment parce qu'il a de sérieuses réserves à l'égard du projet de loi S-32. J'estime toutefois que nous devons régler ce problème point par point, dans la mesure du possible.

Le sénateur Robichaud: Avec tout le respect que je vous dois, madame le président, si le sénateur Hastings, en toute sincérité, s'oppose à certaines parties du projet de loi S-32, il pourra en dire les raisons lorsque nous étudierons ce projet de loi. Mais, serait-il par hasard toujours opposé au dépôt d'un second projet de loi au Sénat, en première et en deuxième lecture? Je ne comprends plus.

Le président: Je crois que le sénateur Hastings s'oppose à la méthode, et non pas au principe ou à la substance des amendements.

[Text]

Senator Hastings: We have gated inmates illegally—

Senator Robichaud: Yes, according to the Supreme Court of Canada.

Senator Hastings: We are now bringing in these amendments—I suggest illegally. I am saying “Why don’t we do it right?”

Senator Pitfield: I congratulate you, Madam Chairman, on the Solomon-like judgment you have reached thus far and I accord with it, but I would like to understand further the question which Senator Robichaud has raised as to the import of the procedural matter that is being discussed. If, on the second part of your conclusion, on which you have asked for views, the line is very fine, then one is forced back to ask: What is the weight of the procedural point, net of any view which Senator Hastings has with regard to the desirability of the substance? It seems to me that it is very important to the utility of the Senate committee system—which is, in my view, one of the most attractive and useful features of the Senate in the legislative process—that the committees maintain a certain flexibility in dealing with complex matters.

If the committee system really does its work well, you will have instances such as this where, in effect, after a thorough hearing the committee has come up with views which are very seriously held and which weigh heavily enough with the government that it is inclined to change its course quite radically. If in such a process we then arrive at a procedural precedent which inhibits us, then, far from assisting the government in pursuing the course which we have talked it into taking, we will in essence be embarking upon a very unfortunate course, one which will in fact mure against our credibility and our utility subsequently.

The question is: Are we, in flipping the coin, as was said a moment ago, in the direction of preserving flexibility, making some great procedural faux pas which we are going to regret? On the other hand, if we show flexibility in this case are we in fact, as I am inclined to believe, adding to the utility of the Senate committee process in doing the very thing which it does very well? I conclude that to my mind the question is: What is the procedural as opposed to the substantive issue that is in play? Is it the rights of the individual or the rights of the opposition, et cetera? That is the question. Or is it merely neatness, cleanliness and so forth.

The Chairman: Senator Pitfield, I would suggest that the question each of us must ask as part of this committee, which you rightly set out for us, is how we can deal with this in a responsible manner that will set, if necessary, a precedent for ourselves. I feel the rules should be sufficiently flexible that we can deal with these problems, and deal with them sensibly. My difficulty, dealing only with the procedure and not with substance at all on this question, is that I am not quite persuaded where the delineation lies between what is subject matter and what is beyond subject matter on this bill. It would be very simple if we were all to decide that these amendments fall

[Traduction]

Le sénateur Hastings: Nous avons suspendu illégalement la liberté conditionnelle de détenus—

Le sénateur Robichaud: Oui, selon la Cour suprême du Canada.

Le sénateur Hastings: Nous déposons maintenant ces amendements—à mon avis illégaux. Tout ce que je dis, c’est pourquoi ne le faisons-nous pas comme il le faut?

Le sénateur Pitfield: Je vous félicite, madame le président, de votre jugement à la Salomon, avec lequel je suis d’accord, mais j’aimerais comprendre mieux la question que le sénateur Robichaud a soulevée quant à l’importance de la procédure dans notre discussion. Si, dans la deuxième partie de votre conclusion que vous nous avez demandé de commenter, la ligne de démarcation est très floue, nous sommes forcés de vous demander quelle est l’importance de la procédure, indépendamment de l’opinion du sénateur Hastings sur la souhaitabilité de la substance des amendements? Il me semble que cela est très important pour le système des comités du Sénat qui représente, à mon avis, une des caractéristiques les plus attrayantes et les plus utiles du Sénat dans le processus législatif. Les comités doivent faire preuve d’une certaine souplesse lorsqu’ils étudient des questions complexes.

Si le système des comités fonctionne réellement bien, il y a des cas, comme celui-ci où, après discussion intense, le comité est parvenu à des conclusions qui influencent le gouvernement à tel point que celui-ci est enclin à modifier radicalement sa position. Si, dans un tel processus, nous établissons un précédent de procédure qui nous interdit d’aider le gouvernement à suivre le cheminement qu’il s’était proposé de faire, nous faisons une erreur très malheureuse qui minera notre crédibilité et réduira notre utilité subséquemment.

La question qui se pose est celle-ci: en jouant à pile ou face comme nous l’avons dit il y a un moment, sur la question de notre souplesse, sommes-nous en train de faire un immense faux pas de procédure que nous allons regretter? D’autre part, si nous faisons preuve de souplesse dans cette affaire, ajoutons-nous réellement, comme je suis porté à le croire, à l’utilité du processus des comités du Sénat en faisant essentiellement la même chose que celui-ci fait très bien? J’en conclus que la question est plutôt la suivante: est-ce la procédure qui est en jeu plutôt que la substance? Sont-ce les droits de la personne ou les droits de l’opposition, etc? Voilà la question. Ou est-ce simplement la clarté, la limpidité, etc.

Le président: Sénateur Pitfield, je dirais que la question que chacun de nous doit se poser en tant que membre de ce comité, c’est la question que vous avez soulevée avec beaucoup d’à-propos, à savoir comment pouvons-nous régler ce problème de façon responsable en établissant, au besoin, un précédent pour nous-mêmes. J’estime que les règles doivent être suffisamment souples pour que nous puissions nous pencher sur ces questions et les régler de façon efficace. Lorsque je discute seulement de procédure et non pas de substance relativement à ce genre de questions, mon problème, c’est que je ne sais pas où se situe la ligne de démarcation entre les dispositions pertinentes des

[Text]

within the subject matter of Bill S-32. At this point I am inclined to believe that is stretching matters a bit. On the other side of the coin, they certainly also deal with another aspect of the mandatory supervision provisions in the Penitentiary Act and the Parole Act.

Therefore, I am suggesting here, as far as this committee is concerned, that we probably should allow ourselves to take a broad enough view that, if we feel it falls within the general ambit of the subject matter that we have been discussing, on which we have been hearing evidence, and with which we have been concerned over the past several months, we could find quite comfortably that it comes within the general subject matter. If we decide that that is probably enlarging the topic that was really introduced and referred to our committee, then I would suggest to you that what we should do is get instructions from the House immediately, that is, if you agree with me that the amendments are not beyond the scope. If the committee agrees with me that the amendments are not beyond the scope but they are beyond the subject matter, then I think we should get instructions from the House as quickly as possible to incorporate these amendments in Bill S-32 so that we can deal with them on the substance.

I think those are really the choices. The first question is: are they within the scope? Perhaps just to clarify that point I should ask whether there is anyone other than Senator Hastings, who I think would argue they are beyond the scope—and you have heard the argument of our learned counsel that in his opinion they are beyond the scope—who has serious objections to that preliminary finding? Let us try to narrow the range of our discussion here.

Senator Frith: About going back for instructions? Yes, I have.

The Chairman: No, I am asking whether any member of the committee other than Senator Hastings believes that these further amendments are beyond the scope of Bill S-32.

Senator Robichaud: If it is seriously questionable whether they are within the scope or not—and we have the considered opinion of one senator and the opinion of legal counsel that it is questionable whether it is within the scope or within the subject matter—then proceeding on a matter that is questionable is very questionable.

Senator Nurgitz: That is right.

Senator Robichaud: I think we should be safe, and we would be on very safe ground if we sought instruction from the Senate to do whatever we have to do. If there is a question as to the legality or technicality, we must make sure that not only is justice done but that justice is seen to have been done.

The Chairman: If I may just interject my opinion as Chairman, Senator Robichaud, I think the committee itself has to be the master of some of its own decisions. I do not think that every time a question is raised we have to feel obliged to go

[Traduction]

amendements et celles qui ne le sont pas. Ce serait très simple si nous n'avions qu'à décider que ces amendements ont trait à l'objet du projet de loi S-32. En ce moment, je suis porté à croire que nous étirons un peu le sens du mot «pertinence». En revanche, les amendements concernent certainement un autre aspect des dispositions portant sur la surveillance obligatoire dans la Loi sur les pénitenciers et dans la Loi sur la libération conditionnelle de détenus.

Par conséquent, pour des fins de notre comité, je propose que nous nous accordions la chance d'en avoir une vision suffisamment globale et, si nous estimons que ces amendements ont trait à l'objet du projet de loi dont nous avons discuté et au sujet duquel nous avons entendu des témoignages—et qui nous a causé des soucis ces derniers mois—nous pourrions facilement déterminer que ces amendements sont pertinents. Si nous parvenons à la conclusion qu'elles dépassent le sujet que nous avons déposé et renvoyé à notre comité, je vous propose de prendre instruction de la Chambre immédiatement. Si le comité est d'accord avec moi pour dire que les amendements ne vont pas au-delà de la portée du projet de loi mais vont au-delà de son objet, je crois que nous devrions obtenir des instructions le plus tôt possible de la Chambre en vue d'intégrer ces amendements au bill S-32 de sorte que nous pourrions les étudier quant à leur substance.

J'estime que ce sont là les choix qui s'imposent. La première question est celle-ci: les amendements dépassent-ils la portée du projet de loi? Je devrais peut-être, juste pour éclaircir ce point, demander s'il y a d'autres membres que le sénateur Hastings qui seraient de cet avis—et vous avez entendu l'argument dont notre savant conseiller qui estime que ces dispositions vont au-delà de la portée du projet de loi—qui a de sérieuses objections à cette conclusion préliminaire? Essayons donc de discuter de points plus concrets.

Le sénateur Frith: Obtenir des instructions? Oui, je l'ai fait.

Le président: Non, je demande si un autre membre que le sénateur Hastings estime que ces amendements dépassent la portée du projet de loi S-32.

Le sénateur Robichaud: S'il y a des doutes sérieux à ce sujet—et nous avons l'opinion bien arrêtée d'un sénateur ainsi que celle d'un conseiller juridique à cet effet, nous pouvons affirmer que faire avancer une question discutable est en soi très discutable.

Le sénateur Nurgitz: C'est exact.

Le sénateur Robichaud: Je pense que nous nous ne devrions courir aucun risque, et c'est ce que nous ferions si nous demandions instruction du Sénat sur ce que nous devrions faire. Si c'est une question de légalité ou une technicalité, nous devons nous assurer non seulement que justice est faite mais que l'on sache que justice est faite.

Le président: Si je peux juste intervenir à titre de président, sénateur Robichaud, j'estime que le comité lui-même doit être le maître de ses propres décisions. Je ne crois pas que chaque fois qu'une question est soulevée nous devions nous sentir

[Text]

back to the Senate to get that question resolved. I think we are capable within the confines of this committee of making some sort of a determination of fact, or at least of opinion, and that we in this committee can make a decision, first on whether we feel these amendments are within the scope. I am assuming everybody understands that there is a difference between subject matter and scope, and I think this committee should make that determination.

Senator Frith: I do not think there is any difference at all.

Le sénateur Deschatelets: Madame le président, en ce qui me concerne je n'ai jamais eu d'objection au bill S-32. Je l'ai déjà dit, d'ailleurs.

Je n'ai pas non plus d'objection au principe des arguments soumis par le sénateur Frith.

Cependant, je ne peux pas mettre de côté l'opinion qui vous a été donnée par notre légiste et conseiller parlementaire.

J'ai une opinion qui rejoint un peu celle du sénateur Robichaud à ce sujet.

Senator Frith: We have got a substantial difference in perspective, it seems to me, and I think it is based on a difference between legality and parliamentary procedure. I still believe that you should always resolve delicate questions of procedure in favour of the legislative body getting done what it wants to get done. In this case, even the person who has raised the point of order, says that we should do this. He says that this is a good thing to do, but we should do it in a separate bill or we should do it this way or that way. I say that if the way you are trying to do it is so obviously contrary to procedures that are set up to protect peoples' interests—I do not know whose interests we are protecting by refusing to do something that we—including the person who has raised the point of order—want to do. He raises the point of order and we all agree it should be done, including him. I never heard anybody say to Mr. Williams: "Don't say anything about that. We don't want to hear any word from you about any procedures regarding dangerous offenders, but if you sit right there we will run back to the Senate and get instructions because what you are about to say is outside the scope of this bill."

It seems to me it is perfectly clearly and obviously within the scope of the bill. Secondly, any objection to its being procedurally correct is a very subtle and nifty little point, but still you should resolve those kinds of points in letting the committee do what it wants to do, which is to adopt these amendments. Thirdly, if you do not do that, I really think it is just a dangerous step towards constipation of the work of Senate committees.

The Chairman: Before I ask Senator Nurgitz to speak, I should perhaps remind the committee that when Mr. Williams, the Attorney Gen of British Columbia, appeared before us we discussed the matter of dangerous offenders and the retention of dangerous offenders in considerable detail. Furthermore, a member of this committee—I cannot recall who—asked if he would be prepared to provide us with a set of criteria that he thought should be used if these procedures

[Traduction]

obligés de faire régler cette question par le Sénat. J'estime que notre mandat nous permet de décider certaines choses, et en tout cas d'avoir une opinion, et que nous pouvons décider si nous jugeons que ces amendements respectent la portée du projet de loi. Je présume que tout le monde comprend la différence entre l'objet et la portée, et j'estime qu'il revient au comité de prendre une telle décision.

Le sénateur Frith: Je ne crois pas qu'il y ait de différence.

Senator Deschatelets: Madam Chairman, as far as I am concerned, I never had any objection to Bill S-32. I did tell you that, by the way.

Neither have I any objection to the principle of the arguments submitted by senator Frith.

However, I can't put aside the opinion given to you by our law clerk and parliamentary counsel.

My opinion is somewhat the same as senator Robichaud's one.

Le sénateur Frith: Nous avons une différence substantielle en perspective, il me semble, et je crois qu'elle est basée sur une différence entre la légalité et la procédure parlementaire. Je crois encore que vous devriez toujours résoudre les questions délicates de procédure en faveur du corps législatif qui fait faire ce qu'il veut faire. Dans ce cas, même la personne qui invoqué le rappel au règlement affirme que nous pouvons le faire. Ce monsieur déclare que c'est une bonne chose à faire, mais que nous devrions procéder au moyen d'un projet de loi distinct ou que nous devrions le faire de telle ou telle façon. J'estime que si la façon dont vous essayez de le faire est si manifestement contraire aux procédures établies pour protéger les intérêts de la population—je ne sais pas quels sont les intérêts que nous protégeons en refusant de faire quelque chose que tout le monde, y compris la personne qui a invoqué le rappel au règlement, veut faire. Cette personne a soulevé ce rappel au règlement et nous sommes d'accord avec elle. Je n'ai jamais entendu quelqu'un dire à M. Williams: «Vous n'avez rien à dire. Nous ne voulons pas vous entendre sur ce qu'il faut faire à l'égard des criminels dangereux, mais si vous êtes ici nous recevrons des directives du Sénat parce que vous allez dépasser la portée de ce projet de loi.»

Il me semble parfaitement clair et évident que c'est dans la portée du projet de loi. En deuxième lieu, toute objection fondée du point de vue de la procédure est très subtile et très séduisante, mais vous devriez laisser le comité faire ce qu'il a à faire, c'est-à-dire d'adopter ces amendements. Troisièmement, si vous ne le faites pas, je crois réellement que cela menacera dangereusement de paralysie les travaux des comités sénatoriaux.

Le président: Avant de demander au sénateur Nurgitz de prendre la parole, j'aimerais rappeler aux membres du comité que lorsque M. Williams, procureur général de la Colombie-Britannique, a comparu devant nous, nous avons discuté de façon approfondie de la question de l'emprisonnement des criminels dangereux. En outre, un membre du comité—je ne me souviens plus de qui—lui a demandé s'il serait prêt à fournir au comité un ensemble de critères applicables en cas de

[Text]

were implemented. Mr. Williams has, in fact, done so. I received them last week and forwarded them to the Solicitor General. Again, I remind you that this particular area has been discussed and considered on more than one occasion by this committee.

Senator Frith: Without anyone objecting that it was outside of the scope of the bill.

The Chairman: Absolutely. In fact, it was raised quite voluntarily by various members.

Senator Nurgitz: Someone said that we are masters of our own decisions. A decision made in a room across the way five or six weeks ago was that we found too many faults with Bill S-32. We agreed that the chairman ought to go back to the minister and explain those difficulties. We agreed, as a result of what we heard, that what we needed was something akin to what Mr. Gibson brought us yesterday. I will go even further to say that he brought us something more than we bargained for. Actually, there were two more kicks added. The proposed finding by the Attorney Gen is some sort of quasi-judicial determination by somebody other than the parole board. In terms of the safeguards built in, we got more than we were asking for. However, I fall on the side of Senator Hastings in this lumping it together so that we now have Bill S-32. But we already said we had too many problems with Bill S-32.

Let me get to the point that Senator Robichaud made. I want to relate that to the Supreme Court. Here we had the National Parole Board going out and gating these people using what they thought might be a questionable procedure. They will not say it publicly but they must have had some doubts. They had to take that chance. I applaud them and I agree with what they did. Those people, however, were treated in what the courts have now found to be an illegal manner. Now, we are trying to bring in something to deal with the situation, so why do we not do it in the clearest possible way and do exactly what our counsel has said so that no one can raise any questions later? Why has the government suddenly taken this step of gating, which the courts have now found to be against the law? As you know the Supreme Court did not even reserve judgment. They heard argument on that Tuesday afternoon and found no shred of legal authority in favour of what the National Parole Board was doing. How can we do this, having been given a legal opinion questioning its validity, or at the very least its propriety?

Senator Frith: Procedurally.

Senator Nurgitz: Yes, that is right. I should distinguish. Why not do this thing straight up. I agree with what Senator Frith says about scope, content and subject matter. When the Solicitor General gave us Bill S-32 on December 1, he raised this whole question and said he was against gating. He said,

[Traduction]

mise en œuvre des amendements. Ce que M. Williams a fait. J'ai reçu ces critères la semaine dernière et je les ai transmis au Solliciteur général. Encore une fois, je vous rappelle que ce sujet particulier a fait l'objet de plus d'une discussion du comité.

Le sénateur Frith: Sans que personne n'allègue que cela n'était pas compris dans la portée du projet de loi.

Le président: Absolument. En fait, divers membres en ont parlé.

Le sénateur Nurgitz: Quelqu'un a dit que nous étions maîtres de nos propres décisions. Il y a cinq ou six semaines, il a été décidé dans une pièce de l'autre côté du couloir que le Bill S-32 avait trop de lacunes. Nous avons convenu que le président devrait aller voir le ministre et expliquer ces difficultés. Suite à ce que nous avons entendu, nous avons convenu que nous avions besoin de quelque chose de semblable à ce que M. Gibson a présenté hier. Je dirais même qu'il nous en a donné plus que nous en avions demandé. En réalité, deux autres éléments ont été ajoutés. La proposition de constatation du Procureur général constitue en quelque sorte une décision quasi-judiciaire par quelqu'un d'autre que la Commission des libérations conditionnelles. Pour ce qui est des garanties, nous avons reçu plus que ce que nous avions demandé. Je suis toutefois de l'avis du sénateur Hastings pour ce qui est de réunir tous ces éléments qui nous donnent maintenant le Bill S-32. Mais nous avons déjà dit que le Bill S-32 posait trop de problèmes.

J'aimerais parler des points que le sénateur Robichaud a soulevé. Je veux faire le lien avec la Cour suprême. Nous avons les membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui suspendent la libération de ces gens en utilisant un moyen qui pourrait selon eux être douteux. Ils ne le diront pas publiquement, mais ils avaient sûrement des doutes, ils devaient prendre cette chance. Je les félicite et je suis d'accord avec ce qu'ils ont fait. Ces gens ont toutefois été traités d'une façon que les tribunaux ont maintenant jugé comme étant illégale. Nous essayons maintenant de présenter un projet de loi pour faire face à cette situation, alors pourquoi ne pas le faire aussi clairement et proprement que possible et pourquoi ne pas faire exactement ce que notre conseiller a dit enfin que personne ne puisse poser des questions plus tard? Pourquoi le gouvernement a-t-il décidé tout à coup de suspendre les libérations conditionnelles, geste que les tribunaux ont maintenant déclaré illégal? Comme vous le savez, la Cour suprême n'a même pas remis le prononcé du jugement. Elle a entendu les témoignages ce mardi après-midi et n'a trouvé aucune trace de pouvoir judiciaire pour justifier ce que faisait la Commission nationale des libérations conditionnelles. Comment pouvons-nous faire cela après avoir reçu un avis juridique mettant en question sa validité, ou du moins sa convenance?

Le sénateur Frith: Du point de vue de la procédure.

Le sénateur Nurgitz: Oui, c'est exact. Je devrais faire la distinction. Pourquoi ne pas le faire carrément. Je suis d'accord avec ce que dit le sénateur Frith au sujet de la portée, du contenu et de l'objet. Lorsque le Solliciteur général nous a présenté le Bill S-32 le 1^{er} décembre, il a soulevé toute cette

[Text]

"our conviction is that if mandatory supervision were taken away from this group and they were held behind bars until warrant expiry, the crime statistics would be worse because society would lose the opportunity to impose supervision at a time of greatest vulnerability, the moment when the inmates first returned to the street, usually without money, without a job, without a place to live and without friends." He then went on to say that surely it is better to consider the inevitability of eventual release for this group, to free them under control rather than wait until the end and free them cold turkey. Not only was it not a question of the subject matter, but the minister himself had a different view. I applaud the minister for coming round to our way of thinking and I think what he is doing is right and I think he is doing it well. Having said that, I think we should not get into what might appear to be a procedural impropriety. Let us do what our counsel says and do it cleanly. By the way, I do not have a shred of doubt that the subject matter of Bill S-32 is not gating. As a matter of fact, it happens to be the opposite of gating.

Senator Godfrey: I agree with everything that Senator Frith has said. He said he wants to be flexible and make things work and not be technical. I had a different impression of him over the past couple of years, so I apologize. There is one question he did not answer and that is: What is wrong with going back to the Senate, getting instructions and then coming back and being sure we are following the correct procedures?

Senator Nurgitz: We do not even need to do that with a new bill. We could propose this as a bill today.

Senator Robichaud: Tomorrow.

Senator Frith: The danger is that by doing that kind of thing you are saying, "let us be very technical,"—which is what we are being—"we want to do it but it is not technically perfect the way we are doing it and we want to make it technically perfect. Do not worry about it because we will have a bill in no time." What you do is you then establish a constipating technicality in parliamentary procedure, and that is what I do not like about it. I am not worried about the fact that a week will go by. I am worried about the fact that in the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce somebody else will say "Remember the scope." The minute anyone is against a bill or against the subject matter of a bill, this argument will be used. The most important thing that we in the Senate get credit for is the fact that we are supposed to improve legislation, in committee particularly.

Senator Nurgitz: That is what we are doing.

Senator Frith: The government comes along and says "Look, here is a bill for the Senate and the Senate committee can work on it and improve it." I think we have done this. But now we are getting into the kind of technicality that eventually we are going to be sorry we did. If it were clear that we were

[Traduction]

question et s'est déclaré contre la suspension immédiate de la libération conditionnelle. Il a déclaré: «Or, nous sommes convaincus que si ces détenus se voyaient privés de la liberté sous surveillance obligatoire et s'ils restaient derrière les barreaux jusqu'à l'expiration de leur peine, leur taux de récidive serait plus élevé parce que la société aurait perdu l'occasion de les assujettir à une surveillance au moment où ils sont le plus vulnérables, soit dès leur retour dans la collectivité, habituellement sans argent, sans travail, sans abri et sans amis honnêtes.» Il a ensuite ajouté: «Comme ces détenus finiront inévitablement par être libérés, il vaut certainement mieux le faire en les assujettissant à une surveillance plutôt que d'attendre à l'expiration de leur peine et de les libérer sans aucune forme de contrôle». Non seulement la question n'était pas l'objet, mais le ministre lui-même avait un point de vue différent. Je félicite le ministre d'avoir adopté notre façon de voir les choses, et je crois que ce qu'il fait est bien et je crois qu'il le fait bien. Ceci dit, je crois que nous ne devrions pas agir d'une façon qui pourrait sembler être une impropriété de procédure. Suivons les conseils de notre avocat et faisons-le correctement. En passant, je n'ai aucun doute que l'objet du Bill S-32 n'est pas la suspension immédiate de la libération conditionnelle. En fait, c'est tout à fait le contraire de la suspension immédiate.

Le sénateur Godfrey: Je suis d'accord avec tout ce que le sénateur Frith a dit. Il a dit qu'il voulait être souple et qu'il voulait que les choses marchent, sans s'attacher aux questions techniques. J'avais une idée différente de lui depuis quelques années, et je lui présente mes excuses. Il y a une question à laquelle il n'a pas répondu, c'est-à-dire qu'est-ce qu'il y a de mal à s'adresser au Sénat pour demander des directives et de revenir ensuite en étant certains d'avoir procédé correctement?

Le sénateur Nurgitz: Nous n'avons même pas besoin de le faire avec un nouveau projet de loi. Nous pourrions proposer ceci comme projet de loi aujourd'hui.

Le sénateur Robichaud: Demain.

Le sénateur Frith: Le problème, avec ce genre de choses, c'est que nous voulons nous occuper des questions techniques, et nous le faisons, et nous voulons le faire, le texte n'est pas parfait du point de vue technique et nous voulons qu'il le soit. Ne vous inquiétez pas, parce que nous aurons un projet de loi en peu de temps. Mais il y a ensuite les contraintes administratives sur la procédure parlementaire, et c'est ça que je n'aime pas. Je ne m'inquiète pas du fait qu'il peut se passer une semaine. Ce que je crains, c'est que quelqu'un au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dise qu'il ne faut pas oublier la portée. Aussitôt que quelqu'un s'oppose à un bill ou à l'objet d'un bill, c'est l'argument qui est utilisé. La plus importante chose qu'on nous reconnaît au Sénat, c'est le fait que nous sommes censés améliorer les textes législatifs, particulièrement en comité.

Le sénateur Nurgitz: C'est ce que nous faisons.

Le sénateur Frith: Le gouvernement nous donne les projets de loi et demande aux comités du Sénat de les améliorer. Je crois que c'est ce que nous avons fait. Mais nous sommes rendus au point maintenant où nous devons traiter des questions techniques que nous regretterons un jour d'avoir tou-

[Text]

doing something wrong, in other words, if we were able to say, "There is no doubt about this; the Bible—old testament and new testament—the Mosaic law, everything says this is wrong," then, of course, we should act otherwise, but it is not that way.

We have been discussing this for two hours. The Chairman has agreed with counsel on one point but not on another. We have a very delicate thread.

Senator Nurgitz: When in doubt—

Senator Frith: I don't agree. If in doubt with garbage, throw it out; but if in doubt with procedures, resolve the problem in favour of doing what you want to do. We must keep in mind the example we are setting for other committees even though, in this case, the bill may go through in a week, in other cases you may stall a bill forever.

Senator Pitfield: Madam Chairman, I apologize for butting in again. We are back on the question of scope which I raised earlier.

Earlier I raised the question of whether or not this was simply procedural or a substantive question, and if it were procedural, on whether there was something in the rights of individuals or the rights of parliaments that should move us. I find that it is regarded as procedural and, therefore, with great respect for my friend, Senator Nurgitz, I must put aside a large part of what he was saying.

Insofar as it is procedural, nobody is pleading the rights of Parliament or the rights of the individual and we are really talking about the technicality of how the House of Commons or the Senate does its business. There I agree entirely with Senator Frith: This is a very important precedent and one which I think has to be approached with great care because it will be governing elsewhere.

If we are talking about scope, I am forced to look at the law clerk's letter which becomes a very important document. In terms of scope, I find that we will be bound by a definition of "a combination of the problem and the solution which amounts to the principle advanced by the bill and, thus, its purpose or scope."

I want to reflect on what that is going to mean in terms of efforts to make amendments to bills in other committees in the future. I would like to have some sort of authority for guidance as to where that comes from because, personally, I would have regarded scope as relating to the evil at which the legislation is aimed, which does not necessarily incorporate its solution. If it is going to incorporate its solution—and I would like to have some authority on that—I should like to know where the dividing line on solution is. I would remind honourable senators that you can get one-quarter of the way down the path in terms of solution and find yourselves with no dividing line as to the remainder. The precedent will become even more damaging and more difficult in future.

I am also a little troubled and would like some time to research the question of the utility for our guidance of the long

[Traduction]

chées. S'il était évident que ce que nous faisons était mal, en d'autres mots, si nous pouvions nous dire qu'il n'y avait aucun doute; que la Bible—l'ancien testament et le nouveau testament—la Loi mosaïque, tout nous disait que c'était mal, nous devrions ensuite agir autrement, mais ce n'est pas comme cela que les choses se passent.

Voilà deux heures que nous en discutons. Le président est d'accord avec l'avocat sur un point mais pas sur un autre. La question est délicate.

Le sénateur Nurgitz: En cas de doute . . .

Le sénateur Frith: Je ne suis pas d'accord. En cas de doute avec des ordures, on s'en débarrasse; mais en cas de doute avec la procédure, il faut résoudre le problème pour faire ce que nous voulons faire. Nous ne devons pas oublier l'exemple que nous montrons aux autres comités, même si, dans le cas présent, le projet de loi peut être adopté en une semaine, un autre bill peut être reporté éternellement.

Le sénateur Pitfield: Madame la président, pardonnez mon intervention, mais nous en sommes revenus à la question de portée que j'avais soulevée plus tôt.

J'ai demandé plus tôt s'il s'agissait tout simplement d'une question de procédure ou d'une question importante, et s'il s'agissait d'une question de procédure, j'ai demandé s'il existait quelque chose au niveau des droits des particuliers ou des droits des parlements qui devait nous pousser à agir. Je suis d'avis qu'il s'agit bien de procédure et, par conséquent, sauf le respect que je dois à mon ami, le sénateur Nurgitz, je dois laisser de côté une grande partie de ce qu'il a dit.

Si l'on considère qu'il s'agit de procédure, personne ne plaide les droits du Parlement ni les droits des particuliers, et il s'agit réellement d'établir comment la Chambre des communes ou le Sénat procède. Sur ce point, je suis entièrement d'accord avec le sénateur Frith: il s'agit d'un précédent très important, qui devrait selon moi être traité avec grand soin parce que notre décision sera appliquée ailleurs.

Si nous parlons de la portée, je dois consulter la lettre du légiste, qui devient un document très important. Pour ce qui est de la portée, je crois que nous sommes obligés de respecter la définition suivante, soit une combinaison du problème et de la solution qui constituent le principe du projet de loi et, par conséquent, son objet et sa portée.

J'aimerais parler de ce que cela entraînera comme effort nécessaire pour apporter des modifications aux projets de loi devant d'autres comités à l'avenir. J'aimerais pouvoir me fonder sur quelque chose pour cette définition, parce que, personnellement, j'aurai cru que la portée désignait le mal visé par le texte législatif, ce qui n'englobe pas nécessairement la solution. S'il doit englober la solution—et j'aimerais qu'on me donne une source à ce sujet—j'aimerais savoir où se trouve la ligne de démarcation pour la solution. J'aimerais rappeler aux honorables sénateurs qu'on peut trouver le quart de la solution et ne trouver aucune ligne de démarcation pour le reste. Le précédent sera encore plus endommageable et plus difficile à l'avenir.

J'ai aussi quelques difficultés et j'aimerais avoir le temps de faire des recherches au sujet de l'utilité du titre au long à ce

[Text]

title. I seem to recall, repeatedly, in hearing discussions of legislation in other places, reference to the long title. Indeed, it seems to me that there were—and here I stand to be corrected—during the passage of the Constitution Act last year, several amendments brought forward which were justified by findings with respect to the long title. I want to go back and check.

In my view, so important is this decision with regard to the precedent that will be created for other committees that that point I would also like to go back and research.

Is this a definition of “scope” that we are going to use in the future, and, if so, what is the authority of a “combination of the problem and the solution?” In relation to the Constitution Act, and, I think also government organization acts, I want to research the point which has come up in the House of Commons where there have been amendments of whole new sections because of the long title.

I agree that we must not add error to error, but to use that argument to deny the capacity of the committee to make up its own mind, strikes me as setting a precedent to be followed whenever you get into these difficulties. What you are simply doing is asking the government to come forward with new legislation. The utility of the Senate, in terms of doing anything but pre-study, is going to be severely restricted.

The Chairman: While you were speaking, Senator Pitfield, I consulted informally again with Mr. du Plessis. I think it would be true to say that the conclusion that he has reached in his letter to me, that the combination of the problem and the solution amount to the principle advanced by the bill and thus constitute its purpose or scope. That is Mr. du Plessis' conclusion. So far, he has been unable to find any clear direction anywhere. This is what we spent considerable time discussing last night. We were trying to come to some conclusions, by looking at a series of rulings that would give us some guidance.

As I stated earlier, my conclusion was that the principle of a bill should be the perceived problem rather than a combination of both, because, very often, in considering a bill, we change the remedy. We decide it is not going to work, we want to do something else, and we go right ahead and do it. That is what we are here for.

Senator Pitfield: All the doctrine of jurisprudence that we have in relation to pith and substance and the evil aimed at—that, for me, is scope. Without too much difficulty, if we follow the pith and substance argument, I can identify that as not being applied to the solution. This is not being used juridically for the determination of the solution. Therefore, I would interpret this sentence in this letter to drop the phrase, “and the solution.”

The Chairman: Senator Pitfield, that is exactly the conclusion at which I have arrived and the one I tried to advise this committee of. I feel that the scope of Bill S-32 has to do with a perceived problem with the mandatory supervision. Bill S-32 deals with one solution to that problem. The proposed amendments deal with another facet of the problem we have encountered with the present law on mandatory supervision. There-

[Traduction]

niveau. Je crois me souvenir avoir entendu souvent, au cours de discussions au sujet d'autres textes législatifs, qu'il était fait allusion au titre au long. En fait, il me semble qu'il en a été question—corriez-moi si je me trompe—pendant l'adoption de la Loi constitutionnelle l'an dernier, où plusieurs modifications étaient justifiées par des constatations tirées du titre au long. J'aimerais vérifier.

A mon avis, cette décision est tellement importante en tant que précédent pour les autres comités à ce sujet, que j'aimerais faire des recherches.

Est-ce que cette définition de «portée» sera utilisée à l'avenir, et, dans l'affirmative, sur quoi se base-t-on pour dire qu'il s'agit d'une combinaison du problème et de la solution? Pour ce qui est de la Loi constitutionnelle et, des lois sur l'organisation du gouvernement aussi, je crois, j'aimerais faire des recherches au sujet de la question soulevée en Chambre concernant la modification de nouveaux articles entiers en raison du titre au long.

Je conviens que nous ne devons pas multiplier les erreurs, mais le fait d'utiliser cet argument pour refuser au comité la possibilité de prendre ses propres décisions constitue à mon avis un précédent qui devra être suivi chaque fois que ce genre de difficulté se présentera. Vous ne faites que demander au gouvernement de présenter une nouvelle loi. Outre l'examen préliminaire, l'utilité du Sénat sera grandement restreinte.

Le président: Pendant que vous parliez, sénateur Pitfield, j'ai discuté à nouveau avec M. du Plessis. Je crois qu'il dit vrai lorsqu'il conclut dans la lettre qu'il m'a adressée, que la combinaison du problème et de la solution constitue le principe du projet de loi et, par conséquent, son objet et sa portée. C'est la conclusion de M. du Plessis. Jusqu'à maintenant, il a été incapable de trouver une référence à ce sujet. Nous avons discuté assez longtemps de cette question hier soir. Nous avons essayé de tirer des conclusions, en consultant une série de décisions sur lesquelles nous pourrions nous fonder.

Comme je l'ai dit plus tôt, je suis d'avis que le principe du projet de loi devait être le problème perçu plutôt que la combinaison des deux, parce qu'il nous arrive très souvent de changer le remède au moment d'étudier un projet de loi. Nous décidons que ça ne marchera pas, que nous voulons faire autre chose, et nous le faisons. C'est pourquoi nous sommes ici.

Le sénateur Pitfield: Toute la doctrine de jurisprudence que nous avons au sujet de la substance et du mal visé—voilà ce qui constitue pour moi la portée. Selon l'argument de la substance, je peux dire sans trop de difficulté que cela ne s'applique pas à la solution. Cela ne sert pas sur le plan juridique pour déterminer la solution. Par conséquent, j'aimerais retirer de sa phrase l'expression «et la solution».

Le président: Sénateur Pitfield, c'est exactement la conclusion à laquelle je suis arrivé et dont j'ai essayé de faire adopter par le comité. Je suis d'avis que la portée du Bill S-32 vise un problème perçu au sujet de la surveillance obligatoire. Le Bill S-32 traite d'une solution à ce problème. Les modifications proposées traitent d'un autre aspect du problème auquel nous avons fait face avec la loi actuelle sur la surveillance obliga-

[Text]

fore, I am satisfied, in my mind, that the amendments fall within the scope of Bill S-32.

I would just interject a few other comments at this point. Having said that, and if the committee were to come to that agreement, we may as well decide that the amendments are outside the subject matter. Therefore, all we would have to do is go back and ask for instructions from the Senate to incorporate these amendments into Bill S-32.

The legal counsel's solution is a variation of that, that is, to introduce a new bill, but he is still suggesting that we bring it back and incorporate and consolidate the two bills.

That would not fundamentally solve Senator Hastings' problem, which is with the substance of Bill S-32, with which we are not dealing. I think this committee is still prepared to consider some amendments to Bill S-32, and Senator Hastings will still have ample time to voice his objections to this bill as it is. We can consider amendments to that part of it, as we may have to consider amendments even to those that are proposed today if we find that there are some minor errors in them. That, however, has nothing to do with the decision we are trying to reach.

In my view, if we were to agree that these amendments were within the scope of Bill S-32, then at least we could deal with them on their merits. Because there is a problem and arguments have been raised, it would seem to me that the best and most expeditious manner in which to handle this would be to go to the Senate immediately and simply ask for instructions to incorporate these amendments into the bill. I think that could be done on a simple motion. We can then deal with that.

Senator Frith: The problem with that is that it does not solve the precedent problem, Madam Chairman; I hope you realize that. It is all very beguiling to propose this course of action in this case, where there will be no problem because everyone agrees and everything is fine. You are making the basic principle that there is a difference between scope and subject matter and that the subject matter here is not mandatory supervision. You are saying that the amendments which deal with mandatory supervision—which deal, certainly, with the subject of earned remission—are within the scope but are not within the subject matter.

The Chairman: I am saying that they may not be within the subject matter.

Senator Frith: Yes, and because they may not be within the subject matter, the issue is further complicated. The Committee on Banking, Trade and Commerce, in considering tax legislation, for example, will have to consider whether something is within the scope but may not be within the subject matter, in which case it had better go back to the Senate for instruction on the matter.

The Chairman: Senator Frith, perhaps I can pick up on what you have said so far. It seems to me that you are spinning out the argument a little thin because, first of all, we are not

[Traduction]

toire. Je suis par conséquent d'avis que les modifications respectent la portée du Bill S-32.

J'aimerais seulement formuler quelques autres observations à ce sujet. Ceci dit, et si le comité adopte cette solution, nous pourrions aussi bien décider que les modifications ne correspondent pas à l'objet. Nous n'aurions par conséquent qu'à demander au Sénat de nous donner des directives pour incorporer ces modifications au Bill S-32.

La solution du conseiller juridique en est une variante, c'est-à-dire qu'il nous propose de présenter un nouveau projet de loi, mais il propose quand même de consolider les deux projets de loi.

Cela ne règlera pas le problème du sénateur Hastings, au sujet de la substance du Bill S-32, ce qui n'est pas le sujet de nos discussions. Je crois que notre comité est encore disposé à étudier certaines modifications au Bill S-32, et le sénateur Hastings aura encore suffisamment d'occasions pour formuler ses objections au projet de loi. Nous pouvons étudier les modifications de cette partie, comme nous serons peut-être obligés d'étudier celles qui ont été présentées aujourd'hui, si nous y relevons de légères erreurs. Cela n'a toutefois rien à voir avec la décision que nous essayons de prendre.

À mon avis, si nous sommes d'accord que ces modifications respectent la portée du Bill S-32, nous pourrions au moins en étudier le bien-fondé. Étant donné qu'il y a un problème et que des arguments ont été soulevés, la meilleure et la plus rapide des solutions pour régler la question serait à mon avis de nous adresser immédiatement au Sénat et de demander tout simplement des directives pour incorporer ces modifications au projet de loi. Je crois qu'une simple motion serait suffisante. Nous pourrions ensuite régler la question.

Le sénateur Frith: La difficulté réside dans le fait que cela ne résoud pas le problème précédent, Madame le président, et j'espère que vous vous en rendez compte. Il est très trompeur de proposer cette façon de procéder dans le cas qui nous occupe étant donné qu'il n'y aura pas de problème parce que tout le monde est d'accord et que tout va bien. Vous établissez comme principe fondamental qu'il existe une différence entre le champ d'application et l'objet d'un projet de loi et que ce dernier n'est pas ici la surveillance obligatoire. Vous dites que les amendements qui portent sur la surveillance obligatoire, et qui ont certainement trait à la réduction de peine entrent dans le cadre du projet de loi, mais ne font pas partie de l'objet du projet de loi.

Le président: Je dis qu'ils ne font peut-être pas partie de l'objet du projet de loi.

Le sénateur Frith: Oui, et pour cette raison, la question est rendue encore plus complexe. Le Comité des banques et du commerce, chargé d'étudier par exemple la législation fiscale, doit considérer si une question entre dans le champ d'application de la loi sans faire partie nécessairement de l'objet de la loi, et le cas échéant il serait préférable pour lui de s'adresser au Sénat pour obtenir des instructions à cet égard.

Le président: Sénateur Frith, peut-être pourrais-je revenir sur ce que vous avez déclaré. Il me semble que vous délayer

[Text]

bound by precedent within the committee, and you are aware of that.

Senator Frith: We are, however, influenced by precedent.

The Chairman: We are influenced by precedent, of course, but the fact is that, to a greater degree, we are bound by Speakers' rulings and they have been quoted to us. It has been said that if amendments are outside the subject matter, then all we have to do to rectify the situation is to go back to the Senate but we must do that.

Senator Frith: You have not said that, Madam Chairman; you have said that the amendments may not be within the subject matter.

The Chairman: I think it really comes down to getting on with it. It seems to me that going back to the Senate is the easiest thing to do, as opposed to spending another two hours here trying to define to ourselves for our own information today whether all these things are within the subject matter or without the subject matter.

Senator Frith: The problem is that the easiest thing to do is not necessarily the right thing to do, Madam Chairman; that is my point.

The Chairman: I agree with you. However, you also took the opposite point of view, that you thought that things which may not necessarily be right should be gone ahead with if they are what will move the legislation along. I simply suggest to you, and I leave it to the decision of this committee, that I think probably the proper procedure would be to ask for instructions from the Senate to incorporate these amendments into Bill S-32. We will then be able to deal with the substance of the amendments and with the substance of the present Bill S-32.

Senator Hastings: Madam Chairman, about an hour ago you asked for some guidance with respect to the subject matter of Bill S-32. Before I respond, may I say to my colleague, Senator Frith, that I resent and reject the motive which he attributes to me in raising this point of order as simply constipating—I believe that was the word he used—Parliament.

Senator Frith: I did not say that was the motive, I said that was the effect.

Senator Hastings: You attributed the motive to me in raising the point of order.

Senator Frith: No, I did not attribute that to you. Your motives are perfectly all right but the result of their being accepted will be to constipate Parliament; that is my argument.

Senator Hastings: I have brought forward the point of order because I have some knowledge, Senator Frith, of the people who are affected by these bills. It is imperative that society should treat them fairly, squarely and honestly. Anything in the nature of whipping these things through Parliament could rebound on us in the future. This legislation of gating is contrary to all of the precepts of justice which we must consider fairly and honestly. I ask honourable senators to do it

[Traduction]

quelque peu l'argument parce que le Comité n'est pas lié par un précédent et que vous le savez.

Le sénateur Frith: Nous sommes toutefois influencés par les précédents.

Le président: Nous sommes bien entendu influencés par les précédents mais il n'en demeure pas moins que nous sommes liés dans une plus grande mesure par les décisions du Président et qu'elles nous ont été citées. Il a été déclaré que si les amendements ne font pas partie de l'objet du projet de loi, la seule chose que nous devons faire pour corriger la situation est de renvoyer la question au Sénat.

Le sénateur Frith: Ce n'est pas ce que vous avez dit, Madame le président, vous avez déclaré que les amendements ne font peut-être partie de l'objet du projet de loi.

Le président: Il me semble que la solution la plus facile consiste à renvoyer la question au Sénat au lieu de passer ici deux heures à essayer de déterminer aujourd'hui pour notre propre gouverne si ces amendements font partie ou non de l'objet du projet de loi.

Le sénateur Frith: Le problème réside dans le fait que ce qui est le plus facile n'est pas nécessairement ce qui est opportun, madame le président.

Le président: Je suis d'accord avec vous. Toutefois, vous avez également adopté le point de vue opposé que l'on doit aller de l'avant avec ces éléments s'ils permettent de faire progresser l'étude du projet de loi. Je propose simplement, tout en laissant la décision au Comité, que la procédure convenable consisterait à demander des instructions au Sénat en vue d'incorporer ces amendements au projet de loi. Nous serons alors en mesure de nous occuper du fond de ces amendements et de celui de l'actuel projet de loi.

Le sénateur Hastings: Madame le président, il y a environ une heure, vous avez demandé des avis en ce qui concerne le fond du projet de loi S-32. Avant de répondre, puis-je dire à mon collègue, le sénateur Frith, que je rejette le mobile qu'il m'attribue lorsque j'invoque le règlement à cet égard et qu'il juge simplement qu'il s'agit d'une entrave aux travaux du Parlement.

Le sénateur Frith: Je n'ai pas dit que c'était le mobile mais le résultat.

Le sénateur Hastings: Vous m'avez attribué Ce mobile en invoquant le Règlement.

Le sénateur Frith: Non, votre mobile est parfaitement légitime, mais si votre intervention acceptée, cela entravera les travaux du Parlement, c'est ce que je désire faire valoir.

Le sénateur Hastings: Sénateur Frith, j'ai invoqué le Règlement parce que je connais assez bien ceux qui seront touchés par ce projet de loi. Il importe que la société les traite de façon équitable, loyale et honnête. Si nous adoptons en vitesse ces dispositions, cela pourrait retomber sur nous à l'avenir. Les dispositions sur la suspension immédiate de la liberté sous surveillance obligatoire est contraire à tous les principes de justice que nous devons étudier équitablement et honnêtement.

[Text]

correctly so that we can be above criticism from the group of people whose lives we are affecting with this legislation. I do not think that is constipating Parliament.

Senator Frith: Let us get this clear. I am not attributing any bad motives to anybody, but I am not taking back my position on the effect that I think it will have. It has nothing to do with personal motives at all; it is a question of procedure.

Senator Hastings: I say again, honourable senators, do it correctly, especially when it is affecting the lives of Canadian citizens.

Senator Bosa: Madam Chairman, I must admit that I am perplexed about what is happening here. Senator Hastings says that we must do things properly. He says that he does not have anything against the substance of the amendments but he wants us to go back to the Senate so that the Senate will tell us that we should incorporate the amendments into the bill. He will then be agreeable to accepting the amendments as they are proposed now. On the other hand, Senator Frith asks why we should go back to the Senate to ask for instruction when we are all agreed that the amendments are good; everybody agrees with the substance of the amendments; therefore why should we not use our prerogative of adopting or incorporating those amendments into the present bill?

I do not want to raise a procedural point, but I raise a point of common sense, if there is such a thing. It seems to me that the proposed amendments are quite relevant to Bill S-32 because, as I understand that bill, it deals with the administration of mandatory supervision, which tends to restrict the freedom of inmates who have earned remission and who have been let out. Gating has the same principle; it restricts the freedom of the inmate.

I have a great deal of respect for my friend, Senator Hastings. As a matter of fact, earlier I was going to ask him if he could explain to me in private, if it were embarrassing for him to do so publicly, where he acquired all of that knowledge about mandatory supervision.

I cannot see how we could be subject to criticism if we were to proceed this way or the other way when we do not have anything against the substance of what is before us. In my opinion, therefore, I think we should incorporate the amendments into Bill S-32 here in committee without having to go back to the Senate for instruction.

Senator Pitfield: Madam Chairman, I am afraid that I have to depart somewhat from the views of my friend, Senator Frith. I do not think that we can argue a matter of procedure on the basis of a question of convenience or simple efficacy, much as I would like it to be as efficacious as possible.

The question is, having now disposed of "scope", to try to identify a test for "subject matter". It seems to me, without knowing what the answers are—and perhaps the learned Law Clerk would be aware of them—that probably the procedure

[Traduction]

Je demande aux honorables sénateurs de procéder de façon correcte afin que nous ne puissions pas être critiqués par ceux dont les vies se trouvent modifiées par cette loi. Je ne pense pas que cela entravera les travaux du parlement.

Le sénateur Frith: Permettez-moi de préciser. Je n'attribue aucun mauvais mobile à personne, mais je ne reviens pas sur ma position en ce qui concerne les répercussions éventuelles. Cela n'a rien à voir avec les mobiles personnels, mais il s'agit d'une question de procédure.

Le sénateur Hastings: Je répète, honorables sénateurs, qu'il faut procéder de façon correcte, plus particulièrement lorsque cela touche la vie de citoyens canadiens.

Le sénateur Bosa: Madame le président, je dois admettre que ce qui se produit ici me laisse perplexe. Le sénateur Hastings déclare que nous devons faire les choses convenablement. Il dit qu'il n'a rien à dire contre le fond des amendements, mais il désire que nous nous adressions au Sénat pour que ce dernier nous dise que nous devons incorporer les amendements au projet de loi. Il sera alors disposé à accepter les amendements tels qu'ils sont proposés maintenant. D'un autre côté, le sénateur Frith demande pourquoi nous devrions demander des instructions au Sénat alors que nous sommes tous d'accord sur le fait que les amendements sont satisfaisants. Tout le monde est d'accord sur le fond des amendements, en conséquence pourquoi n'aurions-nous pas recours à notre prérogative d'adopter ces amendements ou de les incorporer dans le présent projet de loi?

Je ne veux pas soulever une question de procédure, mais plutôt faire preuve de bon sens. Il me semble que les amendements proposés concernent parfaitement le projet de loi S-32 parce que d'après ce que je comprends, il traite de la surveillance obligatoire qui tend à réduire la liberté des détenus qui ont bénéficié d'une réduction de peine et qui ont été libérés. La suspension immédiate de la liberté sous surveillance obligatoire relève du même principe, elle limite la liberté des détenus.

J'ai beaucoup de respect pour mon ami, le sénateur Hastings. En effet, j'avais l'intention de lui demander s'il pourrait m'expliquer en privé, si cela l'embarrassait de le faire en public, où il avait acquis toutes ses connaissances sur la surveillance obligatoire.

Je ne vois pas pourquoi on pourrait nous critiquer si nous devons procéder de cette façon ou de l'autre puisque nous n'avons rien contre le fond de la question dont nous sommes saisis. A mon avis, nous devons donc incorporer les amendements au projet de loi S-32, ici en comité, sans demander des instructions au Sénat.

Le sénateur Pitfield: Madame le Président, je crois devoir m'écarter quelque peu du point de vue de mon ami le sénateur Frith. Je ne pense pas que nous puissions discuter d'une question de procédure sur la base de la commodité ou de la simple efficacité et je souhaiterais que nous soyons aussi efficaces que possible.

Après avoir établi que les amendements entrent dans le cadre du projet de loi, nous essayons maintenant de voir s'ils font partie de l'objet du projet de loi. Il me semble, sans connaître les réponses, et peut-être le légiste est au courant,

[Text]

for securing instructions has amongst its purposes, at least, the resolution of the very conundrum which we are dealing with; namely, what does a committee do when it finds itself being asked to entertain subject matter which it concludes does not meet the test of subject matter? If that is so, then it seems to me that by the exploration of the use of instructions we might be able to identify what the tests of subject matter are.

I must say that I am impressed by the case Senator Hastings made in committee two meetings ago, in which he argued essentially the case of subject matter. He said, "Look, this bill does not even refer to these sections. It does not even refer to this previous legislation," and so on. He could review it much better than I can, but he outlined about five points in response to the Law Clerk which dealt with the subject matter test. I do not know whether Senator Hastings could refresh our memory what they are, but his struck me as quite a powerful argument and that really the proposed amendments did not meet that test.

Senator Hastings: I do not know whether I can recall it exactly, but it seems to me that as I outlined it at that time my point was that the amendments introduced by Senator Frith seek to amend the parent bill and do not amend Bill S-32, that we are going beyond the amendments envisaged in Bill S-32. This was clearly set forth by Speaker Lamoureux and Speaker Jerome and the Chairman of the Finance Committee of the other place. Speaker Jerome clearly stated that amendments are out of order if they clearly seek to amend the parent bill in a way not envisaged by the bill. I submit that is what is happening with the amendments as proposed by Senator Frith. Those amendments go right to the parent bill and not to Bill S-32.

Senator Frith: That is what Bill S-32 does, it goes to the parent bill. That is what it does.

Senator Hastings: I have one final point. You asked for guidance on subject matter. I am sorry I was distracted. Do not take my word. Take the word of the distinguished Deputy Solicitor General, who said that the subject matter of the bill is in clause 3 and clause 4 of this bill, and they deal with mandatory supervision. That is the subject matter of the bill, mandatory supervision and the revocation thereof and what happens at revocation. It does not deal in any way with the treatment or procedures to be used in another area of the sentence served by an offender.

The Chairman: Honourable senators, my feeling is this. I am persuaded by some of the arguments that have been put forward by Senator Nurgitz on the subject matter—what Bill S-32 really purports to deal with—which is with one aspect of mandatory supervision and how to correct that problem. I cannot go along entirely with Senator Hastings' argument, because the amendments are still about mandatory supervision and how to deal with another problem bearing directly on our present law on mandatory supervision, and that is the automatic feature of it. Bill S-32 deals with revocation or depriving an inmate—which Senator Hastings talked about—of his freedom under certain new conditions to be laid down; that is, where he commits an offence his mandatory supervision is to

[Traduction]

que la procédure en vue d'obtenir des instructions vise entre autres à régler le problème auquel fait face le Comité, à savoir ce que doit faire un comité lorsqu'on lui demande de traiter une question qui ne semble pas faire partie de l'objet d'un projet de loi. S'il en est ainsi, il me semble qu'en demandant des instructions nous pourrions être en mesure de savoir comment résoudre de tels problèmes.

Je dois dire que j'ai été impressionné par l'exemple que le sénateur Hastings a soumis au comité à l'avant dernière réunion et où il a discuté principalement de l'objet du projet de loi. Il a déclaré que le projet de loi ne fait même pas allusion à ces articles, ni même à la loi antérieure. Il pouvait examiner la question mieux que moi mais, en réponse au légiste, il a fait ressortir cinq points ou critères relatifs à l'objet du projet de loi. J'ignore si le sénateur Hastings pourrait rafraîchir notre mémoire à ce sujet, mais j'avais été frappé par la force de son argument et le fait que les amendements proposés ne satisfaisaient pas à ces critères.

Le sénateur Hastings: Je ne sais pas si je peux me souvenir exactement mais il me semble que j'avais fait valoir que les amendements présentés par le sénateur Frith visaient à amender le projet de loi initial et non le projet de loi S-32 et que ces amendements avaient une plus grande portée que ceux envisagés dans le projet de loi S-32. Cela avait été clairement exposé par les Orateurs Lamoureux et Jerome, ainsi que par le président du comité des Finances de l'autre endroit. L'Orateur Jerome avait clairement précisé que les amendements sont irrecevables s'ils visent nettement à amender le projet de loi initial d'une façon qui n'est pas envisagée par le projet de loi. Je suis d'avis que c'est le cas des amendements proposés par le sénateur Frith. Ces amendements s'adressent au projet de loi initial et non au projet de loi S-32.

Le sénateur Frith: C'est ce que fait le projet de loi S-32, il concerne le projet de loi initial.

Le sénateur Hastings: J'ai une dernière remarque. Vous demandez des avis en ce qui concerne l'objet du projet de loi. Je m'excuse, j'étais distrait. Ne vous basez pas sur mes paroles mais sur celles du distingué solliciteur général adjoint qui a déclaré que l'objet du projet de loi figure aux articles 3 et 4 qui traitent de la surveillance obligatoire. Il s'agit là de l'objet du projet de loi, à savoir la surveillance obligatoire et sa révocation, que ce qui se produit le cas échéant. Il ne traite en aucune façon du traitement ou des procédures devant être utilisées dans d'autres domaines.

Le président: Honorables sénateurs, je suis convaincu par certains des arguments présentés par le sénateur Nurgitz relativement à l'objet du projet de loi, ce dont traite vraiment le projet de loi S-32, qui est l'un des aspects de la surveillance obligatoire et la façon de corriger ce problème. Je ne peux pas entièrement approuver l'argument du sénateur Hastings parce que ces amendements concernent toujours la surveillance obligatoire et la façon de s'occuper d'un autre problème touchant directement notre loi actuelle sur la surveillance obligatoire. Le projet de loi S-32 traite de la révocation ou de la privation—de la liberté d'un détenu—en vertu de certaines conditions nouvelles qui doivent être établies, c'est-à-dire que lorsqu'il commet un délit, sa surveillance obligatoire doit être

[Text]

be revoked, so he is presumably returned to prison and is deprived of the right to earn that mandatory supervision again. That is under Bill S-32 as it is proposed.

The amendments before us deal with another aspect, of how we could deny an inmate the right to his mandatory supervision under certain rules that are being set out, which is that he is going to be defined under certain criteria as a potentially dangerous offender, and therefore he may be deprived of his rights and liberty under mandatory supervision in another context. However, I think that the amendments are far enough removed from what was really proposed in Bill S-32 that I myself am of the opinion that it would not be considered within the subject matter. Therefore, my recommendation to this committee is that we obtain instructions from the Senate to incorporate these amendments in Bill S-32, and then we can deal with the substance of each in turn.

Senator Bosa: It seems to me that the positions are quite entrenched here. What I would like to know, and what I think the committee ought to know, is this. If the majority of the members of the committee were in favour of adopting Senator Frith's amendments, what would be the reaction of those who are against them? Will they oppose the bill in the Senate? Let us try to find a practical solution.

The Chairman: Senator Bosa, I do not think we can get into the area of speculation. Apart from any procedural wrangles that may arise, we could still spend a considerable time on substantive disagreements. I hope we will not, but that is a possibility, though I would not like to project it that far.

Senator Deschatelets: As far as I am concerned, I have already said that I am in favour of the substance of Bill S-32 plus the proposed amendments.

Senator Frith: Madam Chairman, you started the whole thing by saying the committee has to make a decision. You have made your analysis and expressed your opinion, and the decision is obviously a decision for the committee. Maybe one way of dealing with it is for me to move that we proceed to deal with the amendments without going back to the Senate for any instructions, that we deal with the amendments in this committee and that the committee find that the amendments are in order. If I do not carry that motion we go back to the Senate.

Senator Bosa: In other words, you are moving that a vote be now taken?

Senator Frith: Whenever. Perhaps you would want to reserve it.

Senator Hastings: Madam Chairman, you have to dispose of the point of order first.

Senator Frith: That is what I am doing, asking that we vote on the point of order. I would assume we dispose of the point of order.

[Traduction]

révoquée de sorte qu'il est supposé retourner en prison et être privé du droit de gagner à nouveau cette surveillance obligatoire. Cela se trouve dans le projet de loi S-32 tel qu'il est proposé.

Les amendements dont nous sommes saisis traitent d'un autre aspect, de la façon dont nous pourrions refuser à un détenu le droit à sa surveillance obligatoire en vertu de certaines règles énoncées, à savoir que le détenu va être qualifié, en vertu de certains critères, de délinquant potentiellement dangereux et qu'en conséquence il peut être privé de ses droits et libertés en vertu de la surveillance obligatoire dans un autre contexte. Je pense toutefois que ces amendements sont dans une grande mesure éloignés de ce que l'on propose en fait dans le projet de loi S-32 et je suis d'avis qu'il ne font pas partie de l'objet du projet de loi. A mon avis, les amendements proposés s'éloignent assez de l'objet du projet de loi pour être considérés à côté de la question. Par conséquent, je recommande au Comité d'obtenir des instructions du Sénat visant à inclure ces amendements dans le projet de loi S-32, ce qui nous permettrait de les étudier par la suite en substance par un.

Le sénateur Bosa: J'ai l'impression que les opinions sont bien ancrées à ce sujet. Voilà ce que j'aimerais savoir et ce que le Comité devrait savoir: Si les membres du Comité se prononçaient en majorité pour l'adoption des amendements proposés par le sénateur Frith, quelle serait la réaction de ceux qui sont contre? S'opposeraient-ils au projet de loi au Sénat? Essayons de trouver une solution pratique.

Le président: Sénateur Bosa, je ne pense pas que nous puissions nous lancer dans de telles hypothèses. Outre les problèmes de procédure qui peuvent se poser, nous pourrions passer un temps considérable sur des désaccords de fond. J'espère que cela n'arrivera pas, mais c'est une possibilité, même si je ne veux pas m'avancer si loin.

Le sénateur Deschatelets: En ce qui me concerne, j'ai déjà dit que j'approuve l'objet du projet de loi S-32 et les amendements proposés.

Le sénateur Frith: Madame le Président, vous avez amorcé le débat en disant que le Comité devait prendre une décision. Vous avez fait votre analyse de la situation et exprimé votre opinion, et il est évident que le Comité doit prendre une décision. Peut-être qu'un moyen de régler l'affaire serait que je propose une motion visant à étudier les amendements sans renvoyer le projet de loi au Sénat pour obtenir des instructions et que le Comité, après étude, les juge recevables. Si cette motion n'est pas adoptée, on peut toujours renvoyer le projet de loi au Sénat.

Le sénateur Bosa: En d'autres termes, vous proposez que nous votions maintenant?

Le sénateur Frith: Quand vous le voudrez. Peut-être voulez-vous vous réserver ce droit.

Le sénateur Hastings: Madame le Président, vous devez d'abord vous occuper du rappel au Règlement.

Le sénateur Frith: C'est ce que je fais, en vous demandant de voter sur une question relative au Règlement. Je suppose que cela règle la question du rappel au Règlement.

[Text]

Senator Hastings: What is the decision of the Chair?

Senator Frith: It is the decision of the committee. We dispose of the point of order.

The Chairman: Honourable senators, I would prefer that you not talk across the table. It makes it very difficult for the Chair to follow, let alone the reporters who are trying to record our proceedings.

Senator Frith: I agree. You may decide that my motion is in order or out of order, but let me simply say this. I believe that we should have before us an opportunity for the committee to decide on this point of order, whatever form that takes. The committee may find the point of order raised by Senator Hastings to be supported by the committee or rejected by the committee. I want to find a way of doing that, and I will do it in whatever way you want me to do it.

The Chairman: The way I see it should be done is that I will rule on the point of order and you can then move to disagree with me, however that may be done, or it can be put to a vote. I think this is what you do. Someone will then move, if you disagree with my ruling, to put it to a vote. Any member of the committee can do so.

Senator Pitfield: Just before you move your motion, Madam Chairman, I wonder if the Law Clerk can give us some guidance because it is not clear in your letter as to the tests you envisage for subject matter and, more particularly, the question as to whether in the usage of instructions from the Senate there has been any definition of the types of references which committees make with respect to subject matter.

Mr. R. L. du Plessis, Q.C., Law Clerk and Parliamentary Counsel: From the reading I have done on this whole matter there has been a constant tendency in May's *Parliamentary Practice* to identify the subject matter with the contents of the bill. I don't have the references in front of me right now but there are a number of places in May where I have noticed the term "subject matter" is used almost synonymously with the word "contents". All of this is in relation to the test of relevancy. So I have concluded from the readings that I have done that the "subject matter" of the bill is, in effect, the contents of the bill or the text of the bill. I have noticed that in Beauchesne's *Parliamentary Rules and Forms* which in many instances is an adaptation of May, the term "subject matter" as used in May is rendered in terms of the Canadian practice by the use of the word "bill", so I have concluded that "subject matter" is the "bill." It is the contents of the bill or the text of the bill.

Also, I have looked at this matter in terms of the general rules of the Senate where it is stated that a "matter" can be referred to a committee. In this case, of course, the "matter" is the bill which is what is really before the committee at the present time. I don't know if that clarifies the matter?

Senator Pitfield: Not really.

[Traduction]

Le sénateur Hastings: Quelle est la décision de la présidence?

Le sénateur Frith: C'est la décision du Comité. Passons au rappel au Règlement.

Le président: Honorables sénateurs, je préférerais que vous ne parliez pas d'un côté à l'autre de la table. Il est très difficile pour le président de suivre la conversation, sans compter que cela complique la tâche des sténographes qui essaient d'enregistrer nos délibérations.

Le sénateur Frith: J'en conviens. Vous pouvez déclarer ma motion recevable ou irrecevable, mais permettez-moi de dire simplement ceci: J'estime que le Comité devrait avoir la possibilité de se prononcer sur ce rappel au Règlement, peu importe le moyen qu'on prendra pour ce faire. Le Comité peut décider d'appuyer ou de rejeter l'objection soulevée par le sénateur Hastings. J'essaie de trouver une façon de procéder, et je prendrai le moyen que vous me proposez.

Le président: Selon moi, on pourrait procéder ainsi: ou je me prononce sur le rappel au Règlement, ce qui vous laisse le loisir de proposer une motion de désaccord, peu importe sous quelle forme, ou encore, on met la motion aux voix. Je crois que c'est ce qu'il faut faire. Donc si un membre du Comité n'est pas d'accord avec ma décision, elle sera mise aux voix. N'importe quel membre du Comité peut le faire.

Le sénateur Pitfield: Avant de proposer la motion, Madame le Président, j'aimerais savoir si l'agent légiste pourrait vous conseiller parce que dans notre lettre nous ne précisons pas les paramètres de l'objet du projet de loi et plus particulièrement, s'il y a dans des instructions du Sénat une définition des modalités de renvoi par les comités concernant l'objet du projet de loi.

M. R. L. du Plessis, c.r., agent légiste et conseiller parlementaire: D'après ce que j'ai lu sur cette question, on a toujours eu tendance dans l'ouvrage de May sur les pratiques parlementaires, à assimiler l'objet du projet de loi à son contenu. Je n'ai pas actuellement de références à vous proposer mais il y a bon nombre d'endroits dans May où j'ai remarqué que le terme «objet» est utilisé presque comme synonyme du terme «contenu». Tout ceci par rapport à la recevabilité. Donc, je conclus de mes recherches que «l'objet» du projet de loi constitue en fait le contenu ou le texte du projet de loi. J'ai remarqué que dans le Précis de procédure parlementaire de Beauchesne, qui dans de nombreux cas s'inspire de May, terme «objet», est rendu dans la pratique canadienne par le terme «projet de loi». J'en conclus donc que «l'objet» est le «projet de loi». Il s'agit du contenu ou du texte du projet de loi.

J'ai aussi étudié la question sans l'angle du Règlement du Sénat où il est stipulé qu'une «question» peut être renvoyée à un comité. Dans ce cas évidemment la «question» constitue le projet de loi proprement dit, celui dont le comité est saisi actuellement. Je ne sais pas si c'est clair?

Le sénateur Pitfield: Pas vraiment.

[Text]

The Chairman: I must say, honourable senators, that so far it has been very difficult to find a specific definition or even a ruling that would make clear what the Speaker had in mind when he talked about subject matter, where the delineation occurs between what is in the subject matter of a bill and what lies outside it. That is our difficulty. There is probably no clear line of reasoning on that.

If you are prepared for my ruling I shall proceed. It is my considered opinion the amendments proposed by Senator Frith are within the scope of Bill S-32 but I have considerable doubt that they are within the subject matter of the bill as it was debated on second reading. Therefore, I would recommend to this committee that it return to the Senate to obtain instructions to have these amendments incorporated in Bill S-32 at the earliest possible date.

Senator Nurgitz: And are you challenging that?

Senator Frith: Yes, for the reasons I have expressed. I think the process is unnecessary and that we should proceed without that intermediate step.

The Chairman: If you are ready for the vote, all those who support the ruling of the chair please so indicate.

And all those who do not support the ruling so indicate.

The ruling stands. Therefore, I would ask Senator Frith to seek a way to get this before the Senate tomorrow. I think it requires nothing but a simple motion. You have the approval of the committee to bring this matter before the Senate tomorrow and legal counsel will advise you on the procedure.

Senator Frith: The question is: Is the right procedure for me to move the motion or for the chairman to move the motion.

Senator Nurgitz: Is it open to Senator Frith, if he so desired, to introduce a bill that we could have back in committee next week.

Senator Frith: The problem there is the routine one must go through to get a bill.

The Chairman: I think this procedure accomplishes the same thing just as quickly.

Senator Hastings: Honourable senators, my colleague, Senator Bosa asked me where I got my vast knowledge on mandatory supervision. I want to tell members of the committee that I carry Mandatory Supervision Certificate number 006, issued by James O'Sullivan, Warden of Saskatchewan Penitentiary on April 8, 1979, a certificate I greatly prize, awarded to me on one of my visits to that infamous institution.

The Chairman: So you are well acquainted with it?

Senator Hastings: I am on mandatory supervision!

The Chairman: Honourable senators, if we can get the approval and instruction of the Senate to incorporate these amendments I would like to be able to proceed with them as quickly as possible. I would like your direction on a couple of matters. As you all know we still have some concerns with respect to Bill S-32. If I recall exactly, Senator Nurgitz, our

[Traduction]

Le président: J'avoue, honorables sénateurs, que jusqu'ici, il a été très difficile de trouver une définition précise ou même une décision qui pourrait apporter des éclaircissements sur ce que voulait dire le Président en parlant de l'objet du projet de loi, où se trouve la ligne de démarcation entre ce qui est réputé faire partie de l'objet du projet de loi et ne pas en faire partie. Voilà la difficulté. Il n'existe probablement rien de précis à ce sujet.

Si vous êtes prêts à entendre ma décision, je vais vous la communiquer. Je suis d'avis que les amendements proposés par le sénateur Frith entrent dans le champ d'application du projet de loi S-32 mais je doute fort qu'ils fassent partie de l'objet du projet de loi tel qu'il a été débattu en deuxième lecture. Par conséquent, je recommande au comité de renvoyer le projet de loi au Sénat pour obtenir des instructions visant à inclure ces amendements dans le projet de loi S-32 le plus tôt possible.

Le sénateur Nurgitz: Contestez-vous cette décision?

Le sénateur Frith: Oui, pour les raisons que j'ai déjà mentionnées. Je suis d'avis que cette démarche est inutile et que nous devrions aller de l'avant sans cette mesure intermédiaire.

Le président: Si vous êtes prêts pour le vote, que tous ceux qui appuient la décision du président veuillent l'indiquer.

Et que ceux qui ne l'appuient pas, veuillent l'indiquer.

La décision est adoptée. Par conséquent, je demande au sénateur Frith de trouver un moyen de renvoyer cette question au Sénat demain. Je crois qu'il suffit d'une simple motion. Vous avez l'approbation du comité pour saisir le Sénat de cette question demain et le conseiller juridique vous dira quelle est la procédure à suivre.

Le sénateur Frith: Je me demande si selon la procédure, c'est à moi ou au président de proposer la motion.

Le sénateur Nurgitz: Le sénateur Frith, s'il le désire, peut présenter un projet de loi qui serait renvoyé au comité la semaine prochaine.

Le sénateur Frith: Le problème, c'est qu'il y a certaines modalités à suivre pour la rédaction d'un projet de loi.

Le président: Je crois que cette procédure est tout aussi rapide.

Le sénateur Hastings: Honorables sénateurs, mon collègue, le sénateur Bosa, m'a demandé où j'ai acquis mes vastes connaissances en ce qui concerne la surveillance obligatoire. Je tiens à dire aux membres du comité que je détiens le certificat de surveillance obligatoire numéro 006, émis par James O'Sullivan, directeur du pénitencier de la Saskatchewan, le 8 avril 1979. Ce certificat auquel j'attache beaucoup de prix m'a été remis lors d'une de mes visites à cette institution.

Le président: Alors vous la connaissez bien?

Le sénateur Hastings: Je suis sous surveillance obligatoire!

Le président: Honorables sénateurs, si nous pouvons obtenir l'approbation et des instructions du Sénat visant à inclure ces amendements, j'aimerais être en mesure de procéder aussi rapidement que possible. Je voudrais obtenir votre avis concernant quelques questions. Comme vous le savez tous, le projet de loi S-32 nous cause encore quelques préoccupations. Si je

[Text]

main problem with Bill S-32 is that the committee as a whole feels there should be some way in which those people who are guilty simply of technical or minor offences—

Senator Nurgitz: Technical breaches, not “offences.”

The Chairman: I stand corrected—technical breaches of mandatory supervision would not be subject to this rather Draconian change in the law. I asked Mr. Macdonald to prepare a memo on possible amendments we might make to the appropriate clauses of Bill S-32. He has done that for me and provided his comments. It seems to me that it would help the work of this committee if I were to give you each a copy of the variations of the proposed amendments which Mr. Macdonald has suggested, with his further comments as to why there may be problems with either one of the proposals, so that you would have an opportunity to study it and come to a decision as to whether you think it would be feasible to introduce any amendments at all or which variations you prefer. I will arrange to have copies of that memo distributed to each of you. I am in your hands for tomorrow. We could sit at either 9 o'clock or at 11.15 or both. There is a room at our disposal for the entire morning if we want to look at other aspects of Bill S-32.

Senator Bosa: Madam Chairman, do you have some suggested amendments before you?

The Chairman: I have the memo prepared by Mr. Macdonald together with his comments, and I will circulate that to members of the committee.

Senator Godfrey: Madam Chairman, would it be possible for the members of this hard-working committee to have that memo tonight?

The Chairman: Yes. I can give you the pages that actually deal with the choice of amendments so that you can have a chance to look at those overnight and consider them carefully.

Senator Frith: Madam Chairman, not that it matters, but I cannot attend any meetings tomorrow morning. I have another meeting to attend which will occupy me for the whole day.

Senator Bosa: Madam Chairman, could you clarify one point? Following your ruling I gather we will incorporate the amendments into Bill S-32 and we will be dealing with it as a combination bill.

The Chairman: Yes.

Senator Bosa: Where do we then stand with respect to Bill S-32 which is before us officially? Does that die in committee?

The Chairman: Oh, no. It is very much alive. Presumably we will add to that the further amendments we will deal with.

Senator Bosa: They will then be incorporated and it will become one bill.

The Chairman: That is right.

[Traduction]

me souviens bien, sénateur Nurgitz, notre principal problème en ce qui concerne le projet de loi S-32 est que le comité dans son ensemble estime qu'il devrait y avoir un moyen de soustraire ceux qui commettent simplement des infractions mineures ou d'ordre administratif . . .

Le sénateur Nurgitz: De simples manquements aux règlements, non des infractions.

Le président: Vous avez raison . . . des manquements aux règlements sous surveillance obligatoire à l'application de cette modification plutôt draconienne à la loi. J'ai demandé à M. Macdonald de préparer une note sur les amendements possibles que nous pourrions apporter aux articles pertinents du projet de loi S-32. Il me l'a remis, avec ses commentaires. Je crois qu'il serait utile que des membres du comité ait un exemplaire des variations des divers amendements que suggère M. Macdonald, accompagnés de ses commentaires sur les problèmes que peuvent entraîner chacune des options. Ainsi, vous pourriez les étudier et décider s'il convient d'apporter des amendements et quelle option vous préférez. Je vais voir à ce que des exemplaires de ce document soient distribués à chacun d'entre vous. Je suis à votre disposition demain. Nous pourrions siéger à 9 heures ou à 11 h 15, ou les deux. Il y a une salle à notre disposition pour toute la matinée si nous voulons étudier d'autres aspects du projet de loi S-32.

Le sénateur Bosa: Madame le président, avez-vous en main certaines propositions d'amendements?

Le président: J'ai la note préparée par M. Macdonald, accompagnée de ses commentaires, et je vais la faire distribuer aux membres du comité.

Le sénateur Godfrey: Madame le président, serait-il possible pour les membres de ce comité qui sont des bourreaux de travail, d'avoir ce document ce soir?

Le président: Oui. Je peux vous donner les pages qui traitent des divers amendements possibles afin que vous ayez l'occasion de le lire ce soir et de les étudier attentivement.

Le sénateur Frith: Madame le président, cela n'a peut-être pas tellement d'importance, mais je ne pourrai pas assister aux séances demain matin. J'ai une autre séance qui me tiendra occupé toute la journée.

Le sénateur Bosa: Madame le Président, pourriez-vous préciser un point? À la suite de votre décision, je suppose que nous inclurons les amendements dans le projet de loi S-32 et que nous étudierons le projet de loi comme un tout.

Le président: Oui.

Le sénateur Bosa: Qu'arrive-t-il en ce qui concerne le projet de loi S-32 dont nous sommes officiellement saisis? Reste-t-il en plan au comité?

Le président: Oh non. Il demeure encore valide. Nous y ajouterons probablement les amendements que nous voulons étudier.

Le sénateur Bosa: Nous allons donc les inclure et il ne s'agira que d'un seul projet de loi.

Le président: C'est exact.

[Text]

Senator Frith: If I may just add a word, there are two general feelings. One feeling concerns the whole business of revoking mandatory supervision for certain causes, and there is some difference of opinion on that. That is a separate matter which would have arisen, even if this business of dangerous offenders had not come up. There is also the subject of what to do about gating dangerous offenders—and I am using “buzz” words here rather than technical words—and that is the matter which will be incorporated with instructions to deal with it as part of this bill. That still leaves the reservations which some people have about the first part, and that is what the committee could deal with tomorrow and I believe that is what Mr. Macdonald has written his memo on. Is that right?

The Chairman: That is right. Now, assuming that you would prefer to meet at 11.15, may I ask Senator Donahoe if he would be prepared to chair this meeting tomorrow at 11.15.

Senator Donahoe: Yes, Madam Chairman, if I can be of assistance to you, I will.

The Chairman: Thank you very much. The meeting tomorrow morning, then, will be held in room 256-S at 11.15. Thank you very much, honourable senators.

The committee adjourned.

[Traduction]

Le sénateur Frith: Si vous me permettez d'ajouter un mot, il y a deux grandes questions. La première est celle de la révocation de la surveillance obligatoire pour certaines raisons, et il y a certaines divergences d'opinion à ce sujet. Il s'agit d'un problème distinct qui se serait posé, même si le cas des criminels dangereux n'avait pas été soulevé. Il y a aussi la décision à prendre au sujet de la suspension immédiate de la libération sous surveillance obligatoire des criminels dangereux—et j'utilise les termes ordinaires ici plutôt que les termes techniques—il s'agit de la question qui sera incluse avec les instructions concernant ce projet de loi. Mais il reste encore les réserves que certaines personnes entretiennent au sujet de la première partie, et c'est ce dont le comité pourrait discuter demain; je crois que c'est ce que M. Macdonald a écrit dans sa note. Est-ce exact?

Le président: C'est exact. Maintenant, supposons que vous préférerez vous réunir à 11 h 15, puis-je demander au sénateur Donahoe s'il est disposé à présider cette séance?

Le sénateur Donahoe: Oui, madame le Président, si je puis vous aider, je le ferai.

Le président: Merci. La prochaine séance aura donc lieu demain matin à 11 h 15 à la salle 256-S. Je vous remercie beaucoup, honorables sénateurs.

La séance est levée.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Tuesday, May 31, 1983

Le mardi 31 mai 1983

Issue No. 61

Fascicule n° 61

Ninth proceedings on:

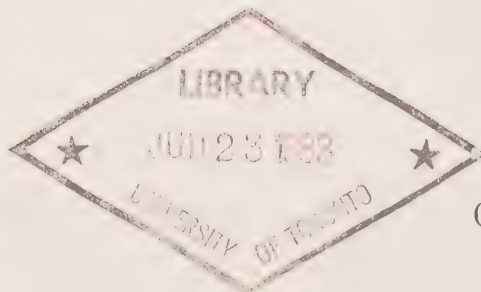
Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Neuvième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»

WITNESS:

(See back cover)



TÉMOIN:

(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate,
December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

TUESDAY, MAY 31, 1983
(86)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:05 p.m., the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Members of the Committee present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Buckwold, Deschatelets, Donahoe, Godfrey, Hastings, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Rizzuto and Robichaud. (13)

In attendance: Mr. Donald MacDonald, and Mrs. Monique Hébert, Research Officers, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witness:

The Honourable Justice Louis-Philippe Pigeon, Professor, Faculty of Law (Civil Law Section), University of Ottawa.

The Committee considered Bill S-33 entitled "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

The Honourable Justice Pigeon made a statement and answered questions.

At 5:10 p.m., the Committee continued *in camera*.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Denis Bouffard

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE MARDI 31 MAI 1983
(86)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 h 05 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Membres du Comité présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Buckwold, Deschatelets, Donahoe, Godfrey, Hastings, Lapointe, Lewis, Neiman, Nurgitz, Rizzuto et Robichaud. (13)

Aussi présents: M. Donald MacDonald et M^{me} Monique Hébert, recherchistes, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoin:

L'honorable juge Louis-Philippe Pigeon, professeur à la faculté de droit (Section du droit civil), Université d'Ottawa.

Le Comité étudie le projet de loi S-33 intitulé «Loi donnant effet pour le Canada à la loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

L'honorable juge Pigeon fait une déclaration, puis répond aux questions.

A 17 h 10, le Comité poursuit ses travaux à huis clos.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Tuesday, May 31, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 4.00 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (*Chairman*) in the Chair.

Le président: Honorables sénateurs, il me fait plaisir de souhaiter la bienvenue au juge Louis-Philippe Pigeon. Comme vous le savez tous, notre invité très distingué était un juge de la Cour suprême du Canada. Il est maintenant professeur à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

Honourable senators, we are happy to have Mr. Justice Pigeon here to discuss with us his written comments on Bill S-33, to give effect to the Uniform Evidence Act. Copies of his comments have already been circulated to members of the committee. Mr. Justice Pigeon has had considerable experience and has considerable expertise in this particular area.

Sir, we would be pleased if you would proceed in the way most convenient to you. As I have mentioned, the members of the committee have received copies of your brief and I trust they have had the opportunity to read it before coming here today. If you wish, you can refer to the brief, but perhaps you would prefer to comment on your prepared text.

Senator Deschatelets: Madam Chairman, I would prefer to have the witness read his brief.

The Chairman: Very well. Would you proceed, sir?

The Honourable L.-P. Pigeon: As you wish, Madam Chairman. Do you want me to read the French version or the English translation? I am in your hands.

Senator Deschatelets: Read the English version, please.

Senator Lapointe: Yes, read the English version.

Hon. Mr. Pigeon: As you wish; I will read the English version.

I must first point out that my duties as a professor at the University of Ottawa have not permitted me to examine this bill of over 200 clauses in its entirety. I am not only the director of the legislative drafting program, but am also teaching the courses in legislative drafting and the interpretation of legislation.

Concerning the substance of the bill, I have only been able to have a look at the study papers and the report of the Law Reform Commission of Canada, as well as the report of the federal-provincial task force which prepared the draft Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada. I did not attend the special meetings held by the conference in April, May, June and July 1981 to examine this draft. I saw it only at the annual meeting in Whitehorse in August 1981. At that meeting at which the draft was finally

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mardi 31 mai 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 heures pour étudier le projet de loi S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.

Le sénateur Joan Neiman (*Président*) occupe le fauteuil.

The Chairman: Honourable senators, we are happy to welcome Mr. Justice Pigeon. As you know, our very distinguished guest was at one time, a Justice of the Supreme Court of Canada. He is now a professor at the University of Ottawa Faculty of Law.

Honorables sénateurs, nous sommes heureux que Monsieur le juge Pigeon soit venu nous parler du mémoire qu'il a écrit au sujet du projet de loi S-33, visant à donner effet à la Loi uniforme sur la preuve. Les membres du Comité ont déjà reçu un exemplaire de son mémoire. Le juge Pigeon a de très vastes connaissances dans ce domaine.

Je vous demanderais donc, Monsieur le juge, de procéder de la façon qui vous convient le mieux. Comme je l'ai mentionné, les membres du Comité ont reçu un exemplaire de votre mémoire, et je pense qu'ils ont eu l'occasion de le lire avant de venir ici aujourd'hui. Vous pouvez lire votre mémoire si vous le désirez, ou simplement le commenter.

Le sénateur Deschatelets: Madame le président, je préférerais que le témoin lise son mémoire.

Le président: Très bien. Vous avez la parole, Monsieur le juge.

L'honorable M. Pigeon: Merci, Madame le président. Voulez-vous que je lise la version française ou la traduction anglaise? Je vous laisse le soin de décider.

Le sénateur Deschatelets: Veuillez lire la version anglaise, s'il vous plaît.

Le sénateur Lapointe: Oui, lisez la version anglaise.

L'honorable M. Pigeon: Puisque c'est ce que vous voulez, je lirai donc la version anglaise.

Il me faut tout d'abord souligner que les devoirs de ma charge de professeur à l'Université d'Ottawa ne m'ont pas permis d'examiner en entier ce texte de plus de 200 articles. En effet, je suis non seulement directeur du programme de formation en rédaction législative, mais je donne moi-même tous les cours de rédaction législative et d'interprétation de la législation.

Sur le fond, je n'ai pu que feuilleter les documents préliminaires et le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada ainsi que celui du groupe fédéral-provincial qui a préparé le projet de loi uniforme sur la preuve adopté par la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. Je n'ai pas assisté aux réunions spéciales que la Conférence a tenues en avril, mai, juin et juillet 1981 pour étudier ce projet. Je n'en ai pris connaissance qu'à la réunion annuelle tenue à Whitehorse au mois d'août 1981. A cette réunion, où le texte a été

[Text]

adopted, only a few points that had been reserved at the preceding meetings were debated.

I believe it would be useful to recall that the Law Reform Commission of Canada had prepared a draft Evidence Code which included significant changes in the law and about which it stated in its report:

In constructing the code we have been greatly influenced by models devised in civil law jurisdictions. This seemed both natural and wise since these jurisdictions have had far more experience in this type of endeavour than those governed by the common law. At the same time we have retained the traditions of common law legislation that appeared better adapted to our needs.

This principle was not well received; in fact, it was almost unanimously rejected. The draft uniform act adopted by the conference is based on an opposing principle: it is a codification of the traditional rules of the common law and of the statutes added to them, but with a number of changes that were considered desirable. It was decided not to include some rules that proved particularly difficult to codify, such as those dealing with the admissibility of similar fact evidence. The bill is in effect a code, nonetheless, just as is the Criminal Code which also retains common law rules except as altered. However, the bill is not a code in the sense used in the Law Reform Commission project which would have wiped out all common law rules. The fact that the Supreme Court no longer hesitates to revise uncoded rules, as appears from the *Vetrovec* decision of May 31, 1982, in particular, means there are even fewer disadvantages in leaving some rules uncoded.

In my opinion, the federal-provincial task force made a most remarkable research work and prepared a good first draft on the basis of which the Uniform Law Conference has developed a good draft uniform act. Nevertheless, there are several points on which crown and defence counsel have opposing views. The Alberta Institute of Research and Law Reform has noted several points that need to be re-examined. For the reason I pointed out at the outset, I am not in a position to express an opinion on those problems.

However, there is one area that is of great concern to me, and that is the French version. Any codification of the common law requires that legislation in French be drafted to cover unwritten rules formulated in English. In the case of the rules of evidence, this is a particularly difficult task because of a situation that the Law Reform Commission describes as follows:

For there can be no doubt that the difference between the common law system of evidence and that prevailing in other western countries is very great. In fact, it can in a general way be said that these countries do not have rules of evidence in the sense of rules governing the admission of evidence.

France is one of those countries that do not have rules of evidence in the sense in which this expression is understood in the passage I have cited above. In addition, there is in France only one standard of proof in all civil and criminal matters:

[Traduction]

définitivement adopté, on n'a débattu que quelques points qui avaient été réservés lors des réunions précédentes.

Il me paraît utile de rappeler que la Commission de réforme du droit du Canada avait préparé un projet de Code de la preuve qui comportait d'importantes modifications et dont elle disait dans son rapport:

Nous avons été fortement influencés, dans l'élaboration de ce code, par les modèles conçus dans les pays de droit civil. Cela nous a semblé naturel et sage puisque ceux-ci ont une expérience infiniment plus poussée de ce type d'entreprise que les pays de common law. Nous sommes toutefois restés fidèles à la législation traditionnelle de common law, lorsque cela paraissait mieux adapté à nos besoins.

Ce principe a été fort mal accueilli et presque unanimement rejeté. Le projet de loi uniforme adopté par la Conférence s'inspire d'un principe opposé: c'est une codification des règles traditionnelles de la common law et des textes législatifs qui s'y sont ajoutés, mais avec un certain nombre de modifications jugées souhaitables. On a renoncé à y incorporer certaines règles particulièrement difficiles à codifier, comme celles qui ont trait à la recevabilité de la preuve de faits similaires. Le projet n'en est pas moins un véritable code tout autant que le Code criminel qui, lui aussi, laisse subsister les règles de la common law dans toute la mesure où il n'y déroge pas. Cependant ce n'est pas un code au sens du projet de la Commission de réforme du droit lequel aurait fait table rase des règles de la common law. Il y a d'autant moins d'inconvénients aujourd'hui à laisser subsister des règles non codifiées, que la Cour suprême n'hésite plus à les reviser au besoin comme en témoigne notamment l'arrêt *Vetrovec* du 31 mai 1982.

A mon avis, le groupe fédéral-provincial qui a préparé le projet a fait un travail de recherches tout à fait remarquable et produit un texte sur la base duquel la Conférence sur l'uniformisation des lois a élaboré un bon projet de loi uniforme. Il y a néanmoins plusieurs points sur lesquels le ministère public et les avocats de la défense ont des vues opposées. L'Institut de recherche et de réforme du droit de l'Alberta en a relevé plusieurs qui méritent tous d'être réexaminés. Pour le motif que j'ai indiqué au début, je ne suis pas en mesure d'exprimer une opinion sur ces difficultés.

Il y a cependant un aspect qui me préoccupe grandement: c'est la version française. En effet, la codification de la common law fait que l'on établit un texte législatif français pour des règles non écrites formulées en anglais. Dans le cas des règles de la preuve cela s'avère particulièrement difficile par suite d'une situation que, dans son rapport, la Commission de réforme du droit décrit comme suit:

En effet on ne peut nier qu'il existe, en matière de preuve, une différence marquée entre le système de common law et celui d'autres pays occidentaux. En fait, on peut affirmer que, d'une manière générale, ces divers pays n'ont pas de règles de preuve, c'est-à-dire de règles concernant l'admissibilité des preuves.

La France est l'un de ces pays «qui n'ont pas de règles de preuve» («rules of evidence») au sens où l'on entend cette expression dans le texte que je viens de citer. De plus, l'on n'y connaît qu'une seule norme de preuve en toute matières civiles

[Text]

that of "intime conviction"—"deep-seated conviction," an English expression which I do not claim renders exactly the French meaning, because, just as in the law of France there is no equivalent of "proof beyond a reasonable doubt," in English there is no expression I know of to translate "l'intime conviction," which is an unknown theory in English law. "Intime conviction" does not correspond to any of the basic standards of the common law, and here I refer to *The Queen v. Proudlock* where those standards are discussed. In this situation it is quite clear that no expression can be found in French legislation and legal doctrine that corresponds to the expressions of the common law, since the latter express concepts that are unknown in French law.

The most important of these expressions is undoubtedly the standard of evidence for a finding of criminal guilt: proof beyond a reasonable doubt. In the Law Reform Commission's study paper on this question the following appears:

We concluded that no better formula could be devised than "proof beyond a reasonable doubt" to express the burden of persuasion in criminal cases. Unlike the formula now used in civil cases, "the preponderance of evidence", the phrase correctly directs the fact-finders' attention to the degree of belief they must have in order to find for the prosecution, rather than the amount of evidence that the prosecution must produce. It is a phrase that is well known among laymen and has acquired an important meaning for them. Moreover, by itself the phrase is perfectly intelligible. If the judge explains to the jury that the Crown does not satisfy its burden of proof unless the evidence convinces them beyond a reasonable doubt of the existence of all the facts the Crown must prove, there would appear to be little danger that the average juror would fail to understand. Reasonable doubt is doubt which is reasonable; it is difficult to see how such a formula could be simplified or amplified to advantage. Indeed, amplifications or paraphrases of it probably only confuse the jury, and on many occasions have led to appeals and reversals.

In its draft Evidence Code, the commission used the expression "doute raisonnable"—"reasonable doubt". Similarly, the following appeared in the conference's draft uniform act:

11. En matière criminelle, le fardeau de persuasion à l'égard de chacun des éléments de l'infraction reprochée repose sur la poursuite.

La poursuite s'acquitte de ce fardeau lorsqu'elle convainc le juge des faits au-delà de tout doute raisonnable de l'existence de chacun de ces éléments.

In Bill S-33, this provision becomes:

11.(1) En matière criminelle, la charge de la preuve légale incombe au poursuivant à l'égard de chacun des éléments essentiels de l'infraction reprochée. Il ne s'acquitte de cette charge que s'il emporte quasi-certitude.

[Traduction]

et criminelles, celle de «l'intime conviction»—qu'on traduit en anglais par «deep-seated conviction», expression dont le sens, d'après moi, ne correspond pas exactement à la définition française. En effet, tout comme il n'existe pas d'équivalent, en droit français, qui corresponde à l'expression «proof beyond a reasonable doubt», il n'existe aucune expression en anglais qui corresponde à l'expression «intime conviction», concept inconnu en droit anglais. La norme relative à «l'intime conviction» ne correspond à aucune de celles qui jouent un rôle capital en common law, et je fais allusion ici à l'affaire *La Reine c. Proudlock*, où l'on traite de ces normes. Dans ces conditions, il est bien évident que l'on ne peut trouver dans la législation et la doctrine juridique françaises aucune expression qui corresponde à celles de la common law, puisque celles-ci expriment des concepts inconnus en droit français.

Parmi ces expressions, la plus importante est sans doute le critère du verdict de culpabilité pénale: «proof beyond a reasonable doubt». Dans le document préliminaire de la Commission de réforme du droit sur cette question on lit à ce sujet:

Nous sommes arrivés à la conclusion qu'il n'y a pas de formule meilleure que celle de la «preuve hors de tout doute raisonnable» pour exprimer le fardeau de persuasion dans les affaires pénales. Contrairement à la formule actuellement utilisée dans les affaires civiles, savoir, «la prépondérance de la preuve», cette expression attire à juste titre l'attention du juge des faits sur le degré de crédibilité requis en vue de rendre un verdict favorable à la poursuite plutôt que sur les preuves que la poursuite doit présenter. C'est une expression que les personnes ordinaires connaissent bien et ces dernières lui attachent un sens important. De plus, l'expression est en soi parfaitement intelligible. Si le juge explique au jury que la Couronne ne satisfait pas au fardeau de la preuve à moins que la preuve ne les convainque hors de tout doute raisonnable de l'existence de tous les faits que la Couronne doit établir, il semble presque certain que le juré moyen comprendra. Le doute raisonnable est un doute qui est raisonnable; il est difficile de voir comment pareille formule pourrait être simplifiée ou comment on pourrait l'expliquer davantage. De fait, toute explication supplémentaire ou paraphrase mêlerait probablement le jury; à maintes reprises, cela a été à l'origine d'appels et de jugements infirmés.

Dans son projet de Code de la preuve, la Commission retenait l'expression «doute raisonnable». De même, dans le projet de Loi uniforme de la Conférence on lit:

11. En matière criminelle, le fardeau de persuasion à l'égard de chacun des éléments de l'infraction reprochée repose sur la poursuite.

La poursuite s'acquitte de ce fardeau lorsqu'elle convainc le juge des faits au-delà de tout doute raisonnable de l'existence de chacun de ces éléments.

Dans le projet de loi S-33, ce texte devient:

11.(1) En matière criminelle, la charge de la preuve légale incombe au poursuivant à l'égard de chacun des éléments essentiels de l'infraction reprochée. Il ne s'acquitte de cette charge que s'il emporte quasi-certitude.

[Text]

What is "quasi-certitude"? I am still looking for a meaning, particularly because there are all sorts of "certitudes"—"certainty": absolute certainty, moral certainty, mathematical certainty, physical certainty, and so on. I have been unable to find "quasi-certitude" in any of the texts I have consulted; I have seen only quasi-contrat, quasi-délit, quasi-usufruit, quasi-possession. Each of these composite words designates a legal institution that is related to the institution designated by the simple word, but is also quite distinct from it.

At this point I will take the liberty of adding that last Saturday I found "quasi-certitude" in a newspaper. I was in France on holidays and in *Le Figaro* of Saturday, May 28, I saw an article dealing with the proposed legislation pending before the French Assemblée nationale with respect to changes in teaching in universities—something that has aroused important manifestations of opposition, that, incidentally, turned violent that very week.

In the second paragraph of that article, I read:

Y aurait-il de nouveaux défilés avant les vacances?

Will there be new manifestations before the holidays?

The following paragraph reads, in part:

... quasi-certitude, professeurs et étudiants se rassembleront en masses.

I would translate that "quasi-certitude" as:

In practical certainty, professors and students will be getting together.

I have been enlightened, therefore, with respect to the meaning of "quasi-certitude" by this newspaper article because the context suggests to me that it means "in practical certainty," something that is very different from the concept of "certainty beyond a reasonable doubt."

In any event, I cannot see how it may be thought that "quasi-certitude" can be equated to "proof beyond a reasonable doubt". There is a reason why the common law describes this degree of certainty by the type of doubt that it must exclude, and it seems clear to me that, in order to express the same idea in French, to get the message across, the same thing must be done. It must not be forgotten that this is a message addressed to the trier of fact—that is, the jury when there is one. It is therefore important that this message be expressed in ordinary language.

When the doubt is to be described, we run up against the word "reasonable," which the common law uses liberally but which French legislation appears to abhor. I will not spend time considering the reasons why we have used it in Canada for two centuries. For the moment, I simply note that the word "raisonnable" is found in section 1 of the French text of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, as well as in subsections 11 (b) and (e). Surely it will not be said that these are insignificant or improvised legislative provisions. If the word "raisonnable" is acceptable in the Charter, I do not see why it has been rejected in the Evidence Act.

In the conference's draft, the burden on the Crown in a criminal proceeding is called the "fardeau de persuasion" ("burden of persuasion") while in Bill S-33 it is called the

[Traduction]

Qu'est-ce qu'une «quasi-certitude»? Je le cherche encore; d'autant plus qu'il y a toutes sortes de certitudes: certitude absolue, certitude morale, certitude mathématique, certitude physique, etc... Je n'ai pu trouver «quasi-certitude» dans aucun des ouvrages que j'ai consultés; je n'y ai vu que quasi-contrat, quasi-délit, quasi-usufruit, quasi-possession. Chacun de ces mots composés désigne une institution juridique qui s'apparente à celle que désigne le mot simple mais en est aussi nettement différente.

A ce sujet, je voudrais préciser que, samedi dernier, j'ai trouvé l'expression «quasi-certitude» dans un article de journal. Étant en vacances en France, j'ai lu un article dans le *Figaro* du samedi 28 mai, qui portait sur un projet de loi dont est saisi l'Assemblée nationale française, celui qui apporte des changements à l'enseignement universitaire. Ce projet de loi a donné lieu à d'importantes manifestations qui, incidemment, ont tourné à la violence cette semaine-là.

J'ai lu, dans le deuxième paragraphe de l'article:

Y aurait-il de nouveaux défilés avant les vacances?

On peu lire ceci au paragraphe suivant:

... quasi-certitude, professeurs étudiants se rassembleront en masses.

Je traduirais l'expression «quasi-certitude» comme suit:

In practical certainty, professors and students will be getting together.

Cet article m'a donc éclairé pour ce qui est de la définition de l'expression «quasi-certitude», car, d'après le contexte, on comprenait qu'elle voulait dire «in practical certainty», concept qui est très différent du concept de la preuve qui est «beyond a reasonable doubt».

De toute façon je ne vois pas comment on peut se figurer que «quasi-certitude» équivaut à «proof beyond a reasonable doubt». Ce n'est pas sans raison que la common law décrit ce degré de certitude par le caractère du doute qu'elle exclut et il me semble évident que pour exprimer en français la même idée, pour «rendre le message», il faut faire de même. On ne doit pas oublier qu'il s'agit d'un message qui s'adresse au juge des faits, c'est à dire au jury quand il y en a un. Il importe donc que ce message soit exprimé en langage usuel.

Lorsqu'il s'agit de qualifier le doute on se heurte au mot «raisonnable» que la common law utilise libéralement mais que la législation française semble abhorre. Je ne m'attarderai pas à examiner les motifs pour lesquels nous nous en servons au Canada depuis deux siècles. Pour l'instant, je me contenterai de signaler que l'on trouve le mot «raisonnable» à l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés de même qu'aux alinéas b) et e) de l'article 11. On ne dira sûrement pas qu'il s'agit de textes sans importance ou improvisés. Si le mot «raisonnable» est acceptable dans la Charte, je ne vois pourquoi on le rejetterait dans la loi sur la preuve.

Dans le projet de la Conférence, l'obligation du poursuivant en matière criminelle est appelée «fardeau de persuasion», tandis que dans le projet S-33 on l'appelle «charge de la preuve».

[Text]

«charge de la preuve légale» (“legal burden”). This expression is in opposition to the “charge de la preuve morale” (“evidential burden” in the English version), and the following definitions are used in Bill S-33:

«charge de la preuve légale». Charge de convaincre le juge des faits de la réalité d'un fait contesté.

«Charge de la preuve morale». Charge de présenter des éléments suffisamment probants d'un fait contesté pour garantir leur prise en considération par le juge des faits.

In the conference draft, the expressions used are defined as follows in section 7:

7. Le fardeau de présentation de la preuve ...

Instead of «charge de la preuve légale».

... est l'obligation d'offrir ...

Excuse me, that is the equivalent of «charge de la preuve morale». In the conference draft, the expressions used are defined as follows in section 7

Le fardeau de présentation de la preuve est l'obligation d'offrir relativement à un fait en litige, une preuve suffisante pour permettre au juge des faits de prendre celle-ci en considération.

Le fardeau de persuasion ...

That is the equivalent of “the legal burden”.

... est l'obligation de persuader le juge des faits de l'existence d'un fait en litige.

In the study paper of the Law Reform Commission the following appears:

The responsibility of persuading the trier of fact of the existence or non-existence of a material fact has been variously referred to in the judicial decisions as the “ultimate”, “major”, “primary”, “fixed”, “persuasive”, or “legal” burden, as well as the “risk of non-persuasion”. In the proposed section this responsibility is referred to as the “burden of persuasion” since that term is descriptive of the responsibility and is in common use.

What can we make of the expressions used in the French version of Bill S-33? I find the following in the *Dictionnaire de droit Dalloz* under the heading “preuve”:

14. Mode de preuve. La preuve est dite morale lorsque tous les moyens sont possibles pour créer chez le juge une intime conviction; elle est dite légale lorsque la loi détermine les moyens par lesquels la preuve peut être faite et fixe à l'avance la valeur des preuves produites, le juge devant régler sa décision sur les résultats obtenus par l'application régulière des prescriptions légales.

En matière civile il y a combinaison de ces deux systèmes; la loi détermine les modes de preuve qui peuvent être utilisés mais le juge apprécie leur valeur d'après son intime conviction; mais il y a à cela d'importantes restrictions, la loi déterminant notamment la force probante des actes authentiques ou sous seing privé. Les règles relatives à la preuve sont d'ordre public.

I will read the first part of the English translation of this passage. It states:

[Traduction]

légale». Cette expression s'oppose à «charge de la preuve morale» et les définitions suivantes sont données dans le projet de loi S-33:

«Charge de la preuve légale»: charge de convaincre le juge des faits de la réalité d'un fait contesté.

«Charge de la preuve morale»: charge de présenter des éléments suffisamment probants d'un fait contesté pour garantir leur prise en considération par le juge des faits.

Dans le projet de la Conférence, les expressions utilisées sont définies à l'article 7 comme suit:

7. Le fardeau de présentation de la preuve ...

Au lieu de la «charge de la preuve légale» ...

... est l'obligation d'offrir ...

Excusez-moi, c'est l'équivalent de «charge de la preuve morale». Dans le projet de la Conférence, les expressions utilisées sont définies à l'article 7 de la façon suivante:

Le fardeau de présentation de la preuve est l'obligation d'offrir, relativement à un fait en litige, une preuve suffisante pour permettre au juge des faits de prendre celle-ci en considération.

Le fardeau de persuasion ...

C'est l'équivalent français de legal burden ...

... est l'obligation de persuader le juge des faits de l'existence d'un fait en litige.

Dans le document préliminaire de la Commission de réforme du droit, on lit à ce sujet:

L'obligation de persuader le juge des faits de l'existence ou de l'inexistence d'un fait important a diversement été qualifiée, dans les décisions judiciaires, de fardeau «final», «majeur», «primordial», «établi», «persuasif» ou «juridique», ainsi que de «risque de défaut de persuasion». Dans l'article proposé, cette obligation est appelée «fardeau de persuasion», étant donné que cette expression décrit l'obligation et est communément employée.

Que faut-il penser des expressions du projet de loi S-33? Voici ce que je lis dans le *Dictionnaire de droit Dalloz* au mot «preuve»:

14. Modes de preuve. La preuve est dite morale lorsque tous les moyens sont possibles pour créer chez le juge une intime conviction; elle est dite légale lorsque la loi détermine les moyens par lesquels la preuve peut être faite et fixe à l'avance la valeur des preuves produites, le juge devant régler sa décision sur les résultats obtenus par l'application régulière des prescriptions légales.

En matière civile, il y a combinaison de ces deux systèmes; la loi détermine les modes de preuves qui peuvent être utilisés, mais le juge apprécie leur valeur d'après son intime conviction; mais il y a à cela d'importantes restrictions, la loi déterminant notamment la force probante des actes authentiques ou sous seing privé. Les règles relatives à la preuve sont d'ordre public.

[Text]

Proof is referred to as moral when all methods may be used to create a deep-seated conviction in the judge; it is referred to as legal when the law determines the methods by which evidence is to be given and determines in advance the probative value of the evidence adduced; so that the judge must make his or her decision on the basis of results obtained by the standard application of legal prescriptions.

It may be seen that this distinction does not correspond in any way to that made in common law between "evidential burden" and "legal burden" ("fardeau de présentation de la preuve" and "fardeau de persuasion"). The authors of the French version of Bill S-33 have thus completely altered the meaning of the expressions that they have used in this case.

When describing the standard of proof in civil proceedings, as well as in criminal proceedings in some cases, they speak of "preuve par présomptions"—("proof by presumption"). This expression in no way corresponds to "proof on the balance of probabilities" in the English version, because it describes a method of proof rather than a degree of probative value. In the *Nouveau Répertoire Dalloz*, the following appears under the word "Preuve" ("Evidence") at paragraph 152:

La preuve par présomption est une preuve indirecte, qui est la mise en œuvre d'un raisonnement par induction: On part d'un fait inconnu, dénommé indice, pour remonter jusqu'au fait contesté... Proof by presumptions is an indirect proof, which is the application of inductive reasoning: one starts from known facts, referred to as indicia, and arrives at the fact in dispute—

I do not deny that the word "présomptions" is used in other ways. This is seen in Bourget as cited by Robert:

Il y a contre lui des présomptions terribles, et il n'y a pas une certitude absolue. There are terrible presumptions against him; there is no absolute certainty.

However, it should be noted that in that case the word "présomption" is used alone, and not in the expression "preuve par présomptions". As we have just seen, this expression undoubtedly refers to a method of proof rather than a standard of probative value. In the draft of the conference, section 9 states:

Une preuve rendant l'existence du fait en litige plus probable que son inexistence.

Elsewhere, as in section 11, the expression used is "une preuve prépondérante" ("proof on a balance of probabilities" in the English version). This variation in the expression used is undoubtedly a defect requiring correction, because in legislative drafting one must never use different expressions to express the same intention. While we, unfortunately, cannot totally avoid the problems of polysemy, we should nevertheless attempt to minimize them. In this respect, the conference draft has the merit of only using the word "présomption" to express one meaning, that of a legal presumption. In my opinion, it would be a serious error to use it in more than one sense, especially in a sense full of ambiguities and vagueness.

I shall stop at this point in my study of the French version of the bill, because this has exhausted the time available to me

[Traduction]

On voit que cette distinction ne correspond aucunement à celle que la common law établit entre «evidential burden» et «legal burden» («fardeau de présentation de la preuve» et «fardeau de persuasion»). Les auteurs de la version française du projet de loi S-33 ont donc complètement faussé le sens des expressions qu'ils utilisent dans ce cas-là.

De même lorsqu'il s'agit de décrire la norme de la preuve en matière civile, comme en certains cas en matière criminelle, ils parlent de «preuve par présomption». Cette expression ne correspond aucunement à la «*proof on a balance of probabilities*» du texte anglais car elle décrit un mode de preuve plutôt qu'un degré de force probante. Dans le *Nouveau Répertoire Dalloz*, au mot «preuve», au paragraphe 152, on lit:

La preuve par présomptions est une preuve indirecte, qui est la mise en œuvre d'un raisonnement par induction: on part d'un fait connu, dénommé indice, pour remonter jusqu'au fait contesté...

Je ne nie pas que le mot «présomption» soit employé dans d'autres sens. Ainsi, on voit dans Bourget, cité par Robert:

«Il y a contre lui des présomptions terribles, il n'y a pas une certitude absolue».

Notons bien cependant, qu'il s'agit là du mot «présomption» employé seul et non dans l'expression «preuve par présomptions». Comme on vient de le voir, cette expression désigne indubitablement un mode de preuve plutôt qu'une norme de force probante. Dans le texte de la Conférence, on trouve à l'article 9:

«une preuve rendant l'existence du fait en litige plus probable que son inexistence».

Ailleurs, comme à l'article 11, on dit «une preuve prépondérante». Cette variante dans l'expression est sans doute un défaut à corriger car, dans la rédaction législative, il ne faut jamais s'exprimer différemment pour énoncer la même intention. Si l'on ne peut malheureusement pas éviter totalement les inconvénients de la polysémie, il y a lieu cependant de s'efforcer de les minimiser. A cet égard, le projet de la Conférence a le mérite de n'employer le mot «présomption» que dans un seul sens: celui de présomption légale. A mon avis, ce serait une grave erreur que de l'employer dans plus d'une acception, surtout dans un sens plein d'équivoques et d'imprécisions.

Je m'arrête là dans mon étude du texte français, car c'est tout ce que le temps dont je dispose me permet de faire. Mais,

[Text]

for this study. However, as my examination has dealt with essential and fundamental points, I will make a judgment, which is categorically unfavourable. In short, I would consider it disastrous if a piece of legislation such as the French version of Bill S-33 should bring confusion into the law of evidence by a faulty codification of the common law.

In addition, it appears to me that Parliament cannot properly attribute to the Uniform Law Conference of Canada a piece of legislation that is not in substance the one adopted by the conference. This is not a unilingual English act, but a bilingual uniform act. It was necessary to make changes to this uniform act to reflect the Canadian Charter of Rights and Freedoms, the Access to Information Act, and recent amendments to the Criminal Code relating to sexual offences, but in introducing the bill in the Senate it was stated that, except for these changes, the bill was based on the draft act approved by the conference. I cannot agree with that, when it is clear that the French version of most of the clauses that I have examined is a new draft, embodying fundamental differences. The recent decision of the Supreme Court of Canada in the *Kwiatkowski* case clearly illustrates the decisive importance that the French version, as well as the English version, may have in bilingual legislation.

The Chairman: Thank you very much, Mr. Justice Pigeon. I think we have imposed upon you in asking you to read that. Perhaps certain of our members would like to put some questions to you.

Senator Deschatelets?

Le sénateur Deschatelets: Monsieur le juge, j'ai suivi de très près les commentaires que vous avez énoncés. C'est avec le plus grand respect que je vais balancer les opinions que vous avez exprimées quant à la version française. Avant d'aller plus loin, est-ce que vous avez des objections à l'encontre de la version anglaise.

L'honorable M. Pigeon: J'ai tenté d'exprimer dans mon mémoire la situation dans laquelle je me trouve. Je n'ai pas pu étudier la version anglaise à fond. Par conséquent, je n'exprime pas vraiment une opinion sur le fond. J'en exprime seulement sur la version française, en autant qu'à mon avis elle diffère de la version anglaise.

Le sénateur Deschatelets: Maintenant monsieur le juge, dans une séance que nous avons eue il y a quelques semaines, nous avons entendu des avocats qui représentaient plusieurs provinces, et qui agissent autant dans le droit pénal que civil. Si je comprends bien, à la suite de la version qu'ils nous ont exposée, il y a eu des entrevues avec ceux qui sont responsables de la production de ce projet de loi. Je crois comprendre qu'il y a une version révisée qui tiendra compte de plusieurs des objections que vous avez soulignées tout à l'heure. Je me rappelle entre autres d'un avocat bien connu de Montréal, Me Gérard Tremblay. On m'a dit qu'il y a une version révisée qui ne nous a pas encore été soumise, qui est en voie de se préparer et qui tient compte des objections que vous avez exprimées tout à l'heure. Nous avons devant nous un projet de loi qui vise à l'uniformisation des règles de la preuve. Si je vous demandais à

[Traduction]

comme mon examen a porté sur des points essentiels et fondamentaux, il me permet de porter un jugement qui est catégoriquement défavorable. Pour tout dire, je jugerais désastreux qu'un texte comme la version française du projet de loi S-33 vienne apporter la confusion dans le droit de la preuve par une codification malhabile de la common law.

Au surplus, il me paraît que le Parlement ne peut décemment attribuer à la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada un texte qui n'est pas en substance celui qu'elle a adopté. Celui-ci n'est pas un texte unilingue anglais, mais un texte bilingue. Il a bien fallu apporter au projet de loi uniforme les modifications imposées par la Charte canadienne des droits et libertés, par la Loi sur l'accès à l'information et par les récentes modifications du Code criminel en matière d'infractions sexuelles, mais on a affirmé en annonçant le dépôt au Sénat du projet de loi que, sauf ces exceptions, celui-ci reprend le projet de loi approuvé par la Conférence. C'est ce que je ne saurais admettre quand il s'avère que le texte français de la plupart des articles que j'ai étudiés est une nouvelle rédaction traduisant des divergences fondamentales. Le récent arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Kwiatkowski* illustre bien l'importance déterminante que peut avoir, dans la législation bilingue, le texte français autant que le texte anglais.

Le président: Merci beaucoup, monsieur le juge. C'était, je pense, beaucoup demander que de vous faire lire ce texte. Certains des membres du comité voudraient peut-être maintenant vous poser des questions.

Sénateur Deschatelets?

Senator Deschatelets: I have followed your remarks very closely, sir, and it is with the greatest respect that I venture to balance the opinions you have expressed on the French version. Before going any further, have you any objections to the English version?

The Hon. Mr. Pigeon: I have tried to describe in my submission the situation in which I find myself. I have not been able to study the English version in depth. Consequently I cannot really express an opinion on the content. I am speaking solely of the French version, to the extent that in my opinion it differs from the English version.

Senator Deschatelets: Now, sir, during a session we held a few weeks ago, we heard lawyers who represented a number of provinces and who were active in both criminal and civil law. As I understand it, as a result of the version they gave us, there were meetings with the people responsible for producing this Bill. I believe there is a revised version that will take into account a number of the objections that you pointed out just now. I recall among others a well-known Montreal lawyer, Maître Gérard Tremblay. I've been told there's a revised version that hasn't yet been submitted to us, which is still being prepared, and which takes into account the objections you expressed a little while ago. We have before us a Bill whose aim is the standardization of the rules of evidence. You have been a judge of the Supreme Court of Canada, a profes-

[Text]

vous qui avez été juge de la Cour suprême du Canada, professeur et juriste, pourquoi est-ce qu'il y a un besoin d'un projet de loi comme celui-ci?

L'honorable M. Pigeon: J'éprouve des hésitations. Je dois dire que cette question me place dans une grande difficulté, car d'un côté, je vois l'avantage qu'il y a à établir un texte français pour du droit qui actuellement n'existe guère qu'en anglais, dans un texte officiel. Il faut bien se dire que le changement le plus important, au point de vue rédactionnel,—je ne parle pas du fond, mais au point de vue rédactionnel,—le changement le plus important consiste à remplacer la majeure partie du droit non codifié de la preuve par un droit codifié dans les deux langues.

Le sénateur Deschatelets: Si on veut me permettre une dernière question, je pense que, autant que possible, vous ne voulez pas toucher à la substance du projet de loi?

Le sénateur Asselin: Ce serait sûrement très intéressant.

Le sénateur Deschatelets: Nous avons entendu des avocats qui agissent en défense nous dire que ce projet de loi nous enlève certains moyens de défense que nous avions. Nous avons également entendu des avocats qui agissent pour le ministère public. Alors, l'impression que vous avez à la première lecture, est-ce que vous pensez que ceux qui ont rédigé ce projet de loi ont tenté de garder une balance équitable pour les droits du ministère public et de la défense?

L'honorable M. Pigeon: Indubitablement, c'est ce qu'ils se sont efforcés de faire dans le texte qu'ils ont présenté à la conférence. Il ne faut pas oublier que ce que le Groupe de travail a fait, c'est un projet qui a été soumis à la conférence et sur lequel la conférence s'est prononcée. Par conséquent, sur bien des points litigieux qui touchent précisément ces aspects délicats, ce ne sont pas les membres du Groupe de travail qui ont décidé, c'est la conférence. Évidemment, ce sont toutes des questions sur lesquelles des divergences de vues peuvent exister. La composition de la conférence est telle, que bien que tous les points de vue soient représentés, néanmoins, le point de vue «poursuite» est plus abondamment représenté.

Le sénateur Deschatelets: J'ai une autre question. Monsieur le juge, il serait peut-être délicat d'essayer de résumer les représentations que vous nous avez faites cet après-midi. Je vais tenter de le faire quand même. Vous voyez des objections très sérieuses. En d'autres mots, vous nous dites: N'acceptez pas ce projet en raison des termes de la version française qui nous est présentée. Est-ce le sens de votre témoignage?

L'honorable M. Pigeon: Voici ce que je vous dis: C'est que le projet, dans sa version française, diffère substantiellement de la version française du projet de loi uniforme qui a été approuvé par la conférence. Ce que je vous dis, c'est que je trouve qu'il ne serait pas convenable de prétendre que ce texte est en substance le texte de la conférence, car dans la version française ce n'est pas cela. Maintenant vous m'avez dit qu'il y a une nouvelle version en préparation. Évidemment, je ne peux rien dire sur cette nouvelle version, tant que je n'aurai pas eu le loisir de l'étudier. Si elle tient compte de mes observations, je ne peux que m'en réjouir. D'un autre côté, je crois que si l'on veut décréter une loi comme étant une loi uniforme

[Traduction]

sor, and a jurist—what if I asked you why we need a Bill like this one.

The hon. Mr. Pigeon: I would hesitate. I have to admit that this question places me in an awkward position, because on the one hand I see the advantage of establishing a French text for law that currently exists almost entirely in English, in an official text. The most important change from the standpoint of drafting the text—I'm not talking about content now, I'm talking about form—the most important change consists in the replacement of the greater part of non-codified law on evidence by codified law in both languages.

Senator Deschatelets: If I may be allowed one last question, I think that as far as is possible you would rather not touch on the substance of this Bill?

Senator Asselin: That would certainly be very interesting.

Senator Deschatelets: We have heard defence lawyers tell us that this Bill would remove some of the means of defence that we have now. We have also heard from Crown counsel. The impression you have at first reading is that you think that the people who drafted the Bill tried to keep a fair balance between the rights of the prosecution and the defence?

The Hon. Mr. Pigeon: Indubitably that is what they tried to do in the text they presented to the conference. It mustn't be forgotten that what the Task Force did was a draft that was presented to the conference and pronounced on by the conference. Consequently, on many litigious points that touch precisely on these delicate aspects, it wasn't the members of the Task Force who decided, it was the conference. Obviously, these are all questions on which divergent points of view are possible. The make-up of the conference was such that many points of view were represented, but nonetheless that of the prosecution was more amply represented.

Senator Deschatelets: I have another question. It would perhaps be a delicate matter to sum up the representations you have made to us this afternoon, sir, but I'm going to give it a try all the same. You see very serious objections. In other words you say to us, "Don't accept this Bill because of the terms in which the French text presented to you is couched." Is that a fair summary of your testimony?

Hon. Mr. Pigeon: This is what I'm saying to you. The French version of this Bill differs substantially from the French version of the Uniform Evidence Bill that was approved by the conference. What I am saying to you is that I find it improper to claim that this text is in substance the conference's text, because in the French version it is nothing of the kind. Now you have told me there's a new version being prepared. Obviously I can have nothing to say about this new version, since I haven't had the time to study it. If it takes my observations into account, I will be only too pleased. On the other hand, I believe that if an act is to be enacted as a

[Text]

préparée par la conférence, il faut que ce soit en substance le projet de la conférence.

Le sénateur Deschatelets: Je vous remercie, monsieur le juge.

Senator Godfrey: I am a little puzzled as to how judges in Quebec charge a jury in French when nobody seems to agree upon the standard translation of the expression, "proof beyond a reasonable doubt." What do judges do, from a practical point of view?

Hon. Mr. Pigeon: Undoubtedly, in Quebec judges have always charged juries that, «Vous devez être satisfait que le crime est prouvé hors de tout doute raisonnable.» There is no doubt that this is what every judge says.

Le sénateur Robichaud: «Sans l'ombre d'un doute.»

Hon. Mr. Pigeon: In French it is always stated in these words.

Le sénateur Asselin: Ce n'est pas «le doute raisonnable».

Hon. Mr. Pigeon: But always excludes "au delà de tout doute raisonnable." There is abundant case law quashing verdicts when judges have departed from this established position.

Senator Godfrey: If there is abundant case law, surely, when they were translating the expression in this act, they should have followed the case law; is that not what you are saying?

Hon. Mr. Pigeon: The difficulty arises especially with respect to the use of the word "raisonnable" in French. It is a fact that in France the word "raisonnable" is not used in the legislation. I have been unable to find it anywhere in the legislation. The use of the word "raisonnable" in English is typical of common law. In an article which was published at the end of last year, I cited a passage from a book published in French where the use of the word "reasonable" is cited as characteristic of the common law method:

Pour trouver un critère, «a measuring rod», à l'aide duquel cette responsabilité puisse être appréciée, le juge anglais fait le plus souvent appel à la notion de «reasonableness», à la notion «reasonable man», à la notion de «right reason».

You will notice that this French author does not translate the English expressions; he uses the English words.

In my article I quoted another passage in which there are almost as many English words as French words because this notion of "reasonableness" and of "a reasonable man" is completely foreign to French jurisprudence.

Senator Godfrey: Do I understand you to say that it is well established in Quebec by case law what is meant, in French, by "proof beyond a reasonable doubt," and that there is a certain expression in French which is used to translate that, which is accurate, which has been approved by the courts but which is not used?

Hon. Mr. Pigeon: I have never seen the use of the French word "raisonnable" questioned by any authoritative decision.

[Traduction]

uniform act prepared by the conference, it must in substance be the conference's act.

Senator Deschatelets: Thank you, sir.

Le sénateur Godfrey: Je me demande comment les juges du Québec donnent leurs instructions aux juges en français, puisque personne ne semble s'entendre sur la traduction type de l'expression «proof beyond a reasonable doubt». Que font les juges, dans la pratique?

L'honorable M. Pigeon: Il ne fait aucun doute qu'au Québec les juges ont toujours dit aux jurys: «Vous devez être satisfait que le crime est prouvé hors de tout doute raisonnable.» C'est assurément ce que tous les juges disent.

Senator Robichaud: Without any doubt.

L'honorable M. Pigeon: En français, cette formule est toujours dite en ces termes.

Senator Asselin: It is not the reasonable doubt.

L'honorable M. Pigeon: Mais il s'agit toujours de: «au-delà de tout doute raisonnable». Les annales du droit jurisprudentiel comportent de nombreux cas où le verdict de juges qui s'étaient éloignés de cette position bien établie a été cassé.

Le sénateur Godfrey: Dans ce cas, ceux qui ont traduit la loi auraient dû suivre le droit jurisprudentiel. N'est-ce pas ce que vous dites?

L'honorable M. Pigeon: La principale difficulté provient de l'emploi du mot «raisonnable» en français. C'est un fait qu'en France le mot «raisonnable» n'est pas employé dans la loi; je n'ai pu trouver cette expression dans aucune loi. L'emploi du mot «raisonnable» en anglais est typique de la common law. Dans un article qui a été publié à la fin de l'année dernière, je citais un passage d'un ouvrage français dans lequel l'auteur affirmait que l'emploi du mot «reasonable» est caractéristique de la common law.

To find a criterion, "a measuring rod", to evaluate that responsibility, the English judge most often relies on the concepts of "reasonableness", "reasonable man" and "right reason".

Vous remarquerez que cet auteur français ne traduit pas les expressions anglaises. Il emploie les mots anglais.

Dans cet article, j'ai cité un autre passage dans lequel il y a presque autant de mots anglais que de mots français, parce que cette notion de «reasonableness» et de «reasonable man» n'existe pas en jurisprudence française.

Le sénateur Godfrey: Voulez-vous dire que, au Québec, la signification en français de «proof beyond a reasonable doubt» est bien établie par le droit jurisprudentiel, et qu'il existe une expression française qui rend cette idée, que cette expression est juste, qu'elle a été approuvée par les tribunaux, mais qu'on ne l'emploie pas?

L'honorable M. Pigeon: Je n'ai jamais vu une personne faisant autorité critiquer l'emploi du mot «raisonnable» en français.

[Text]

Le sénateur Asselin: Monsieur le juge, nous avons cette législation devant le comité depuis un certain temps. On nous a dit que le projet de loi originait d'un consensus qui avait été atteint entre les autorités provinciales et fédérales pour en arriver à pondre le projet de loi que nous avons devant nous, à savoir l'uniformisation de la Loi de la preuve. On ne vous cache pas que plusieurs témoins nous ont manifesté leur hésitation. Ils se sont posé des questions. Tout à l'heure, en réponse à mon collègue le sénateur Deschatelets, vous avez semblé dire que vous ne vouliez pas vous aventurer sur la substance du projet de loi. Je pourrais peut-être insister davantage, étant donné, monsieur le juge, que vous avez été mon professeur de droit constitutionnel à Laval et que vous avez été une autorité dans la confection des lois. Je me souviens, pour l'information des membres de ce comité, que monsieur le juge Pigeon a été le conseiller juridique de plusieurs gouvernements provinciaux, en particulier le gouvernement Lesage. C'était à cette époque que le juge Pigeon scrutait ou avait son mot à dire sur la confection des lois ou des règlements du Conseil exécutif. Je crois bien que vous êtes une autorité pour nous guider, monsieur le juge, peut-être en vous aventurant quelque peu sur la substance. Voici de quelle façon je voudrais tenter de vous arracher peut-être un avis important, selon votre statut d'ancien juge de la Cour suprême. Les membres du Barreau sont venus nous rencontrer. Ils nous ont dit qu'ils s'inquiétaient du libellé de l'article 3 du projet de loi. Ils nous disaient que, sous réserve des articles 4 et 5, la présente loi ne s'applique qu'aux procédures ou actes de procédure de compétence fédérale en instance devant les tribunaux destinés à recueillir les éléments de preuve sur ordonnance judiciaire. Les membres du Barreau nous ont dit qu'il y avait toujours eu une distinction fondamentale entre la preuve dans les causes criminelles et celles dans les causes civiles et que l'on pouvait difficilement concevoir que les règles de droit criminel ou civil soient énoncées dans les mêmes mesures législatives. On s'est objecté à la codification de ces lois de la preuve qui comprenaient tant le domaine civil que criminel. Étant donné que nous avons au Québec notre loi de la preuve en matière civile et évidemment, nous avons la Loi de la preuve en matière de common law qui origine du fédéral—est-ce que d'après vous, selon votre expérience pratique il est bon de réunir ensemble sous la même législation cette uniformisation de la preuve pour le civil comme pour le criminel?

L'honorable M. Pigeon: J'en doute fort. Il faut que je vous dise que la situation actuelle, c'est qu'en matière pénale, autant provinciale que fédérale, ce sont les mêmes règlements qui s'appliquent, car il faut bien penser que, à l'heure actuelle, la preuve en matière criminelle est régie par la législation fédérale, exclusivement. Évidemment le gouvernement étant à la base. Les provinces ont toutes adopté la même législation en matière de preuve, en matière pénale, parce qu'il faut bien penser qu'au provincial, il y a un nombre important de litiges en matière pénale et au Québec comme ailleurs, ce sont des règles de la preuve établies en matière criminelle qui régissent la façon dont la preuve est faite.

En matière civile, il y a des différences et, à l'heure actuelle, la législation fédérale sur la preuve ne s'applique pas en matière civile devant les tribunaux provinciaux. Par consé-

[Traduction]

Senator Asselin: This legislation has been before our Committee for some time, sir. We were told that the Bill originated in a consensus that had been reached between the federal and provincial authorities in order to produce the Bill we have before us, that is, a standardization of the Evidence Act. As you know, a number of witnesses have expressed hesitations. They had questions. Just now in response to my colleague Senator Deschatelets, you seemed to be saying that you didn't want to venture into a discussion of the substance of the Bill. I could perhaps press you a little on that, sir, since you were my professor of constitutional law at Laval and an authority on legal drafting. I remember, for the information of the other members of the Committee, that Mr Justice Pigeon was legal counsel to a number of provincial governments, in particular the Lesage government. In those days it was Judge Pigeon who scrutinized or voiced views on the drafting of acts and Cabinet regulations. I'm sure you are an authority who could guide us, sir, perhaps by venturing a little further into the content. Here's the way I'd like to try to perhaps wheedle a significant opinion out of you, given your status as a former Supreme Court judge. Members of the Bar have come here and told us they are worried by the wording of section 3 of the Bill. They said to us that "subject to section 4 and 5, this Act only applies to every proceeding and stage of a proceeding within the jurisdiction of the Parliament of Canada that is before a court or that is held for the purpose of taking evidence pursuant to a court order". The Members of the Bar told us that there has always been a fundamental distinction between evidence in criminal cases and evidence in civil cases, and that it was difficult to imagine the rules of criminal and civil law set down in the same piece of legislation. Objections have been raised to the codification of these rules of evidence, which cover civil as well as criminal areas. Since we in Quebec have our own rules of evidence in civil matters and obviously we have the Evidence Act for common-law matters, originating at the federal level—in your view, on the basis of your experience in practice, is it a good idea to consolidate in the same piece of legislation this standardization of both civil and criminal evidence?

Hon. Mr. Pigeon: I doubt it very much. I must tell you that the current situation is that in penal cases, both federal and provincial, the same rules apply, because as matters stand, evidence in criminal cases is regulated exclusively by federal legislation. Obviously with the government being the basis, the provinces all adopted the same legislation on evidence, because at the provincial level there are a large number of penal cases and in Quebec as elsewhere it's the rules of evidence established for criminal cases that govern the way evidence is presented.

In civil cases there are differences and at present the federal legislation on evidence doesn't apply in civil cases before provincial courts. Consequently in superior court, in a civil

[Text]

quent, en Cour supérieure, en matière civile, peu importe qu'il s'agisse d'une matière régie par la loi fédérale ou provinciale, la législation se rapporte à la législation québécoise. Avec ce projet-ci, en matière de preuve, cette loi-ci va s'appliquer, dans la mesure où le litige dépend d'un droit fédéral. C'est là ce qu'on a souligné.

Le sénateur Asselin: Pas nécessairement; je ne pense pas que la Loi de la preuve est codifiée, et la Loi de la preuve, tant en matière pénale qu'en matière civile est applicable à toutes les provinces, et même à la province de Québec. Cela veut dire que, au Québec, comme avocat, quand je plaiderai si ce bill est adopté, je devrai tenir compte, évidemment, de cette loi pour faire ma preuve, sur le plan civil.

L'honorable M. Pigeon: Exactement, c'est ce que je viens de dire—alors qu'à l'heure actuelle...

Le sénateur Asselin: On étudiera ça.

Le sénateur Deschatelets: Si vous permettez—je pense qu'on doit se référer ici, dans le bill, à l'article 3 qui dit ceci:

Sous réserve des articles 4 et 5, la présente loi s'applique aux procédures ou actes de procédure de compétence fédérale en instance devant les tribunaux...

Le sénateur Asselin: C'est à la page 3?

Le sénateur Deschatelets: C'est ça.

L'honorable M. Pigeon: C'est bien cela.

Le sénateur Asselin: Et l'article 3 continue:

...ou destiné à recueillir des éléments de preuve sur ordonnance judiciaire.

C'est ça?

Le sénateur Deschatelets: Oui.

L'honorable M. Pigeon: Là, voyez-vous, votre problème n'est pas terminé; qu'est-ce que cela veut dire? Vous m'avez demandé de me prononcer sur le fond, alors que tout à l'heure j'avais dit que je n'étais pas en mesure de me prononcer; par conséquent, vous devez bien comprendre que ce que je vous ai dit, c'est sous toute réserve.

Le sénateur Asselin: Oui, je comprends.

L'honorable M. Pigeon: C'est parce que le problème est de savoir ce que ça veut dire que «la présente loi s'applique aux procédures ou actes de procédure de compétence fédérale». Alors, il est possible que ceci veuille dire «uniquement devant les tribunaux». L'on dit ici...

Le sénateur Asselin: Ce n'est pas cela que le Barreau a dit. J'ai une lettre ici du Barreau du Québec qui dit que cette disposition compromettra les règles de preuve et de procédure actuelle du droit civil, qui constitue une part considérable du patrimoine juridique distinct du Québec et garanti par l'adoption de l'Acte de Québec en 74.

L'honorable M. Pigeon: C'est leur interprétation. Mais est-ce qu'ils ont tort ou raison, c'est une question que je n'ai pas étudiée. C'est ce que je me suis dit tout à l'heure. C'est au fond la reproduction de ce qu'ils ont dit, mais c'est fort possible que ce soit erroné. Il est fort possible que le texte signifie que ça ne s'applique que devant les tribunaux fédé-

[Traduction]

case, it doesn't matter whether it's a matter governed by federal statute or by provincial statute, it's the provincial legislation that is invoked. With this Bill, on matters of evidence it's this legislation that will be invoked, in so far as the case turns on a point of federal law. That's what has been stressed.

Senator Asselin: Not necessarily. I don't think the Evidence Act is codified, and the Evidence Act applies in all provinces, even Quebec, both in penal and in civil cases. That means that in Quebec, as a lawyer pleading a case, if this Bill is passed, I would obviously have to take it into account in presenting evidence in a civil case.

Hon. Mr. Pigeon: Exactly, that's what I just said—whereas at the present time—

Senator Asselin: We'll look into that.

Senator Deschatelets: If I may—I think we should look at section 3 of the Bill at this point, which says:

Subject to sections 4 and 5, this Act applies to every proceeding and stage of a proceeding within the jurisdiction of the Parliament of Canada that is before a court—

Senator Asselin: That's on page 3?

Senator Deschatelets: Yes.

Hon. Mr. Pigeon: That's it.

Senator Asselin: And section 3 goes on to say:

or that is held for the purpose of taking evidence pursuant to a court order.

Is that it?

Senator Deschatelets: Yes.

Hon. Mr. Pigeon: So you see your problem isn't over: what does that mean? You asked me to speak about the content, and said earlier that I wasn't qualified to do so, so you must accept that I've said what I have without offering any guarantees.

Senator Asselin: Yes, I realize that.

Hon. Mr. Pigeon: It's because the problem lies in knowing what this means: "this act applies to every proceeding and stage of a proceeding within the jurisdiction of the Parliament of Canada". It's possible that it means "before federal courts only". It says here—

Senator Asselin: That's not what the Bar said. I have a letter here from the Quebec Bar that says that this provision compromises the rules of evidence and current civil-law proceedings, which constitute a considerable part of Quebec's unique legal heritage, guaranteed by the passage of the Quebec Act in 1774.

Hon. Mr. Pigeon: That's their interpretation. But whether they're right or wrong is a question I haven't studied. That's what I said to myself just now. That's essentially what they said, but it's quite possibly wrong. It's quite possible that the text means that it only applies in the federal courts. I really

[Text]

raux. Je ne peux vraiment pas vous donner une opinion étudiée là-dessus, parce qu'il faut bien penser que c'est un problème très difficile.

Le sénateur Asselin: Je voudrais avoir votre opinion, monsieur le juge, sur le sens de codification des lois. On a soumis certaines réserves sur le mot «codification». Est-ce que vous considérez que la réunion ou la réunification de cette Loi de la preuve peut affecter des lois ou des décisions antérieures des tribunaux? Est-ce que, dans votre esprit, ce mot de codification s'appliquerait?

L'honorable M. Pigeon: J'ai dit tout à l'heure que je considérerais cela comme une codification, parce que dans ce projet, on rassemble les dispositions qui régissent la preuve de façon générale, et il est vrai que ce n'est pas une codification complète. Mais elle est, à mon avis, aussi complète que le Code criminel lui-même parce qu'il faut bien penser que le Code criminel dit explicitement qu'il laisse subsister les moyens de défense du Parlement. Ici, on laisse subsister certaines parties de l'accord de la Loi de la preuve, mais je ne pense pas qu'on en laisse subsister en matière civile, comme on en a laissé subsister en matière criminelle. C'est pour cela que je dis que ce n'est pas dans le sens du projet de code qui a été préparé par la Commission de réforme du droit, parce que ce projet-là était pour codification dans le sens français du mot. Tout le droit de la preuve se serait trouvé remplacé par le code, tandis qu'ici, tout le droit est remplacé, sauf dans la mesure où le projet ne comporte rien. Alors, c'est là une différence très importante, mais ce n'est pas le même concept que codification.

Le sénateur Asselin: Merci, madame le président.

Le sénateur Lapointe: Cette question vient d'une personne naïve, et qui n'est pas avocate.

Quand vous parlez que, dans la province de Québec, on accepte l'expression «hors de tout doute raisonnable», je trouve que cela a bien du bon sens, c'est la logique même, et si personne ne s'objecte à l'emploi de cette expression, pourquoi pensez-vous qu'il faut absolument adopter l'expression du code français, celui des français, qu'il s'agisse d'une infraction, ou n'importe quoi?

L'honorable M. Pigeon: Je dois dire que je ne pense pas que personne veuille, par ce projet-là, qu'on change la règle qui établit le genre de preuve nécessaire pour prononcer une condamnation en matière criminelle ou pénale. Je ne pense pas que personne veuille cela, et je ne crois pas que l'on a voulu adopter le critère français. D'ailleurs, le texte proposé comporte une quasi-certitude, et non pas «ultime conviction», il faut, à mon avis, tenir compte que le critère français de «intime conviction» ne correspond à aucune notion de norme de preuve plus usuelle aux avocats parce que le critère français est le critère subjectif, c'est-à-dire que ce qui est exigé pour qu'un juge rende une décision, que ce soit en matière civile ou en matière criminelle, c'est qu'il décide suivant son intime conviction, mais sauf en matière civile, dans les cas où la loi apporte des exceptions à cette règle là; en-dehors de ça, par conséquent, toujours en matière pénale, et dans la plupart des cas en matière civile, le critère de l'intime conviction signifie que le juge décide, non pas selon des preuves admissibles d'après des

[Traduction]

can't give you a considered opinion on that, because it's obviously a very difficult problem.

Senator Asselin: I would like to hear your opinion, sir, on the meaning of "codification des lois". Certain reservations have been expressed about the word "codification". Do you think that the consolidation or unification of this Evidence Act may effect existing acts or previous decisions by the courts? In your view, would the word "codification" apply?

Hon. Mr. Pigeon: I said earlier that I would consider this a consolidation because in this Bill the provisions governing evidence in general are brought together. It's true this isn't a complete codification, but in my view it's as complete as that of the Criminal Code itself, because the Criminal Code says explicitly that Parliament's means of defence are allowed to stand. Here certain provisions of the Evidence Act are allowed to stand, but not, I think, in civil cases the way they have been left in criminal cases. That's why I say that this version doesn't take the same approach as the Bill prepared by the Law Reform Commission, because that version was for "codification" in the French meaning of the word, where all the law on evidence would be replaced by one code, whereas here all the law on evidence is replaced except where the Bill has no provisions to that effect. That's a very important difference, but it's not the same concept as "codification".

Senator Asselin: Thank you, Madam Chairman.

Senator Lapointe: This is a question from a simple soul who isn't a lawyer.

When you say that in the Province of Quebec they accept the expression "hors de tout doute raisonnable" for the English "beyond a reasonable doubt", I find that very sensible, perfectly logical, and if no one objects to the use of the expression, why do you think it's absolutely essential to adopt the expression from the French code, the code they have in France, when dealing with an infraction or whatever?

Hon. Mr. Pigeon: I must say that I don't think anyone wants this Bill to change the rule determining the type of evidence necessary for bringing in a verdict of guilty in a criminal or penal case. I don't think anyone wants that, and I don't believe they wanted to adopt the French criterion. Furthermore the proposed text includes "quasi-certitude" and not "intime conviction" or in English "deep-seated conviction": in my view we must take into account the fact that the French criterion of deep-seated conviction does not correspond to any notion of evidential standards more familiar to lawyers, because the French criterion is a subjective one—that is, what is required when a judge reaches his decision, whether in a civil or a criminal case, is that he be guided by his own deep-seated conviction, except in certain civil cases where the law provides exceptions to that rule; apart from that, in all criminal cases and in most civil cases, the criterion of deep-seated conviction means that the judge decides not on the basis of evidence admissible according to set rules but on the basis

[Text]

règles déterminées, mais selon ce qu'il l'a convaincu, lui, de telle sorte et qu'il a entière liberté d'accepter n'importe quelle preuve et, tout ce qu'on lui demande, c'est de décider suivant son intime conviction. Le texte dit explicitement qu'il n'y a pas d'autre règle, et qu'il ne doit pas y en avoir d'autre.

Alors, on ne peut pas rapprocher cela de la terminologie anglaise, et c'est pour cela que je suis obligé de dire que l'on ne peut pas trouver, en France, des expressions qui conviennent pour décrire les normes établies par notre procédure. Pourquoi? Parce que ça n'existe pas.

Pour ce qui est des choses matérielles, on peut toujours penser qu'on va trouver une expression dans le vocabulaire, parce que, évidemment, les objets que ce soit un animal ou un bâtiment, ou n'importe quoi, ça existe partout, on va toujours trouver une expression. Évidemment, si on se trouve dans une situation comparable à celle dans laquelle on se trouve quand il s'agit de faire des traductions en partant de l'Inuit. Alors, pour traduire de l'anglais en Inuit, il n'y a pas de problème pour les choses que les Inuit connaissent, mais quand on a besoin de parler de choses, d'animaux, qui n'existent pas là, dont l'Inuit n'a pas la notion, eh bien, il faut inventer des expressions, parce que ça n'existe pas. Alors, le concept du «reasonable doubt», c'est comme le concept de l'éléphant pour un Inuit.

Senator Robichaud: May I be blunt? You used to be my professor at Laval too.

Est-ce que je devrais conclure que la situation qui existe à l'heure actuelle, quant à la Loi sur la preuve, est préférable à ce qui existerait si notre comité recommandait l'adoption du bill S-33? Cela, c'est grave.

L'honorable M. Pigeon: A mon avis, la situation actuelle serait préférable, parce que je considère que la version française, comme elle est actuellement, créerait de la confusion et mettrait les juges en face de très grandes difficultés, après demain.

Le sénateur Robichaud: Est-ce que cela signifie qu'un groupe quelconque n'a pas tout à fait complété son "homework"?

The Chairman: That is a leading question.

Senator Robichaud: Of course it is leading.

Senator Godfrey: That is what he has been saying all afternoon.

Le sénateur Asselin: Madame la président, monsieur le juge, si ceux qui ont fait le travail de préparation de ce projet de loi tenaient compte de vos observations sur la traduction française, ce serait peut-être mieux acceptable, dans le projet de loi?

L'honorable M. Pigeon: Comme je l'ai dit tout à l'heure, il ne m'a pas été possible d'étudier le fond du projet de loi. Il faut bien penser que cela représente une somme énorme de travail. Le Groupe de travail fédéral-provincial a consacré tout son temps à cela pendant des années. Alors, quant à moi, je n'ai pu y consacrer que quelques jours. Par conséquent, sur le fond, je ne prétends pas être en mesure d'apporter un jugement. C'est seulement sur la version française où, là, j'ai pu trouver le temps d'examiner un nombre restreint d'articles, pas

[Traduction]

of what he himself found convincing; so that he is entirely free to accept any evidence, and all that's asked of him is to decide on the basis of this deep-seated conviction. The test says explicitly that there's no other rule and that there shall not be any other rule.

So there's no way of making that parallel the English terminology, and that's why I am obliged to say that you won't find in France expressions that are suitable for describing the standards established by our procedure. Why? Because they don't exist.

As far as material objects are concerned, there is always the possibility of finding an expression in the other vocabulary, because obviously an object, whether it's an animal or a building or whatever, they exist everywhere, and you're going to find a word for them. Obviously, if you find yourself in a situation comparable to that of someone translating from Inuktitut, the language of the Inuit, or from English into Inuktitut, there's no problem for things that the Inuit know, but when you start having to talk about things or animals that don't exist in the North, that the Inuit haven't no concept of, then you have to invent expressions, because they don't exist. So the concept of "reasonable doubt" in French is like the concept of "elephant" in Inuktitut.

Le sénateur Robichaud: Puis-je être direct? Après tout, vous m'avez enseigné à l'Université Laval.

Should I conclude that the situation that exists at present with regard to the Evidence Act is preferable to the one that would exist if our Committee recommended the passage of Bill S-33? Now that's serious.

Hon. Mr. Pigeon: In my opinion the existing situation would be preferable, because I consider that the French version as it stands would create confusion and immense problems for judges, in the future.

Senator Robichaud: Does that mean that some group or other didn't do its homework adequately?

Le président: C'est une question insidieuse.

Le sénateur Robichaud: Évidemment.

Le sénateur Godfrey: C'est ce qu'il a dit tout l'après-midi.

Senator Asselin: Madam Chairman—sir—if the people who did the preparatory work on this Bill took your observations on the French translation into account, would that perhaps make the Bill more acceptable?

Hon. Mr. Pigeon: As I said earlier, I haven't been able to study the substance of the Bill. Obviously it represents an enormous amount of work. The Federal-Provincial Task Force dedicated all its time to this task for years, whereas I have only given the matter a few days. Consequently as regards the substance I can't claim to be qualified to pass judgment. It's only on the French version that I managed to find the time to study a limited number of clauses, not more than thirty—a limited number, and then to formulate the opinion after having

[Text]

plus qu'une trentaine—un nombre restreint d'articles et puis, de former mon opinion, après avoir étudié ce nombre restreint d'articles—que cette version française-là n'était pas désirable, c'est tout.

Le sénateur Asselin: J'espère que les fonctionnaires du ministère ont bien entendu vos commentaires.

Le sénateur Robichaud: En tous les cas, le message a pénétré au sein du comité.

The Chairman: Mr. Justice Pigeon, we are very grateful for your having agreed to come here today, and for taking the time you already have from your busy schedule in order to prepare this brief for us. I am sure that we have all taken careful note of your words, as have officials from the Department of Justice. I am sure there will be a revised version, and I hope that you will be much more pleased with the version that will be forthcoming. Thank you for coming here today.

Senator Godfrey: Could I make one observation? When there is a revised version, I hope that before it is made public Mr. Justice Pigeon will be given a copy to enable him to make some direct input into it.

The Chairman: Senator Godfrey, your words have been heard and, I am sure, noted.

Mr. Justice Pigeon, we are very grateful to you for your contribution.

The Committee proceeded to other business.

[Traduction]

studied this limited number that the French version was not desirable. That's the extent of it.

Senator Asselin: I hope the Departmental officials have taken note of your comments.

Senator Robichaud: At all events the message got through to the Committee.

Le président: Monsieur Pigeon, nous vous sommes très reconnaissants d'avoir accepté de venir ici aujourd'hui et d'avoir pris le temps de préparer ce mémoire pour nous, d'autant plus que nous savons pertinemment que votre horaire est assez chargé. Je tiens à vous assurer que nous avons bien pris note de vos commentaires, tout comme l'ont fait les représentants du ministère de la Justice. Je suis persuadé que ce projet de loi sera modifié, et j'espère que vous serez beaucoup plus satisfait de la deuxième version. Je tiens encore une fois à vous remercier d'être venu aujourd'hui.

Le sénateur Godfrey: Puis-je faire une observation? J'espère qu'on offrira à M. Pigeon l'occasion de participer à la rédaction de la deuxième version avant de la rendre publique.

Le président: Sénateur Godfrey, je suis persuadé que votre remarque ne sera pas tombée dans l'oreille d'un sourd.

Monsieur Pigeon, je vous remercie de votre collaboration.

Le Comité passe à l'étude d'autres questions.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESS—TÉMOIN

The Hon. Justice Louis-Philippe Pigeon, Professor, Faculty
of Law (Civil Law Section), University of Ottawa.

L'honorable juge Louis-Philippe Pigeon, professeur à la
faculté de droit (Section de droit civil), Université
d'Ottawa.



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Thursday, June 2, 1983

Le jeudi 2 juin 1983

Issue No. 62

Fascicule n° 62



Tenth proceedings on:

Dixième fascicule concernant:

Bill S-33, "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada"

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet pour le Canada à la loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit»

REPORTS OF THE COMMITTEE

RAPPORTS DU COMITÉ

First Report and final Report
on Bill S-32, "An Act to amend the
Penitentiary Act and the Parole Act"

Premier rapport et rapport final sur le
projet de loi S-32, «Loi modifiant la Loi
sur les pénitenciers et la Loi sur la
libération conditionnelle de détenus»

WITNESS:

(See back cover)

TÉMOIN:

(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lamontagne	Tremblay
Lang	Walker
Langlois	

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

THURSDAY, JUNE 2, 1983
(90)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 11:30 a.m., the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Present: The Honourable Senators Bosa, Deschatelets, Donahoe, Neiman and Nurgitz. (5)

In attendance: Mrs. Monique Hébert and Mr. Donald MacDonald, Research Officers, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witness:

Mr. Edward L. Greenspan, Q.C., Advocates Society.

The Committee resumed consideration of Bill S-33 intitled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

The witness made a statement and answered questions.

At 12:45 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAL

LE JEUDI 2 JUIN 1983
(90)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 11 h 30 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Présents: Les honorables sénateurs Bosa, Deschatelets, Donahoe, Neiman et Nurgitz. (5)

Aussi présents: M^{me} Monique Hébert et M. Donald MacDonald, attachés de recherche, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoin:

M. Edward L. Greenspan, c.r., Advocates Society.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-33 intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve, adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Le témoin fait une déclaration et répond aux questions.

A 12 h 45, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

Le greffier du Comité

Denis Bouffard

Clerk of the Committee

REPORT OF THE COMMITTEE

Thursday, May 26, 1983

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-32, intituled: "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act", has, during the course of its consideration of this Bill, determined that the amendments to the Bill moved in Committee on May 25, 1983 would, if adopted, extend the provisions of the Bill to objects that, although they are cognate to its general purposes and within its principle, are not strictly covered by the subject matter of the Bill as disclosed on second reading.

The amendments in question are intended to create a specific power to withhold the early release on mandatory supervision of inmates judged by the National Parole Board to be potential dangerous offenders.

Your Committee, therefore, recommends that it be instructed by the Senate to consider the amendments in question during the course of its consideration of Bill S-32, as it would any other amendment within its competence, and that it be authorized to adopt the amendments, as moved or in amended form, if it considers it advisable to do so.

Respectfully submitted,

La présidente

Joan Neiman

Chairman

Thursday, June 2, 1983

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-32, intituled: "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act", and which was instructed by the Senate to consider certain amendments on 31st May, 1983, reported that it had examined the said Bill and the amendments referred to in the said instruction, and now reports the same to the Senate with eight amendments.

1. *Page 1, clause 1:* Strike out line 7 and substitute the following:

"23. Subject to subsection 24(5) and 24.11(2) the Com-"

2. *Page 1, clause 2:* Strike out lines 16 to 19 and substitute the following:

"2.(1) Subsection 24(1) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

"24.(1) Subject to this section and sections 24.11 and"

3. *Page 2, new subsection (2):* Add, immediately after line 4, add the following:

"(2) Section 24 of the said Act is further amended by adding thereto the following subsections:

"(3) An inmate is not entitled to be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law solely as a result of remission, including earned remission,

RAPPORT DU COMITÉ

Le jeudi 26 mai 1983

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles auquel a été déféré le projet de loi S-32, intitulé: «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus», a décidé, lors de l'étude de ce projet de loi, que les amendements proposés au Comité le 25 mai 1983, s'ils étaient adoptés, étendraient les dispositions du projet de loi à des fins qui, si elles s'apparentent à son principe et à ses objectifs généraux, ne relèvent pas strictement de la teneur du texte de loi tel qu'établie à l'étape de la deuxième lecture.

Ces amendements visent à instituer le pouvoir spécial de refuser la libération sous surveillance obligatoire de détenus que la Commission nationale des libérations conditionnelles juge être éventuellement dangereux.

Votre Comité recommande que le Sénat le charge d'étudier les amendements en question au cours de l'examen du projet de loi S-32, comme il le ferait pour tout autre amendement relevant de sa compétence, et qu'il soit autorisé, s'il le juge à propos, à adopter les amendements sous leur forme actuelle ou modifiée.

Respectueusement soumis,

Le jeudi 2 juin 1983

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles auquel a été déféré le projet de loi S-32, intitulé: «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus», et qui a reçu les instructions du Sénat, le 31 mai 1983, d'étudier certains amendements, rapporte que le Comité, après avoir étudié ledit projet de loi, ainsi que les amendements mentionnés dans les instructions, l'a chargée d'en faire rapport au Sénat avec huit amendements.

1. *Page 1, article 1:* Remplacer la ligne 6 par ce qui suit:

«23. Sous réserve des paragraphes 24(5) et 24.11 (2), le»

2. *Page 1, article 2:* Remplacer les lignes 17 à 19 par ce qui suit:

«2.(1) Le paragraphe 24(1) de ladite loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«24.(1) Sous réserve du présent article et des articles 24.11»

3. *Page 2, nouveau paragraphe (2):* Insérer, immédiatement après la ligne 2, ce qui suit:

(2) L'article 24 de ladite loi est en outre modifié par insertion de ce qui suit:

(3) Un détenu n'a pas le droit d'être remis en liberté par suite uniquement d'une réduction de peine, y compris une réduction de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi:

(a) where a court directs pursuant to section 14.7 of the *Parole Act* that the inmate not be so released, or

(b) prior to the completion of

(i) the hearing and determination by the court of the application in respect of the inmate pursuant to sections 14.1 to 14.7 of that Act to determine whether a direction referred to in paragraph (a) should be made, or

(ii) an appeal by the Attorney General of Canada pursuant to subsection 14.8(2) against the dismissal of the application referred to in subparagraph (i).

(4) When a direction referred to in subsection (3) is made in respect of an inmate, the inmate

(a) shall forfeit all statutory and earned remission standing to his credit, whether accrued before or after the coming into force of this section; and

(b) is not entitled to be credited with earned remission in respect of the sentence he is serving at that time.

(5) Any remission of sentence forfeited pursuant to subsection (4) shall not thereafter be remitted or recredited pursuant to section 23 of this Act or subsection 20(3) of the *Parole Act*."

4. *Page 2, clause 3*: Strike out line 10 and substitute the following:

"and the mandatory supervision is revoked as a result of a conviction for an offence,"

5. *Page 2, new clause 3.1*: Add, immediately after the heading "PAROLE ACT" that follows line 29, the following:

"3.1 Subsection 9(1) of the *Parole Act* is amended by adding thereto, immediately after paragraph (a) thereof, the following paragraph:

"(a.1) prescribing the time when and the manner in which a review of cases of inmates pursuant to section 14.1 is to take place;"

6. *Page 2, new clause 3.2*: Add, immediately before line 30, the following:

"3.2 The said Act is further amended by adding thereto, immediately after section 14 thereof, the following heading and sections:

"DIRECTION NOT TO RELEASE INMATE ON MANDATORY SUPERVISION

14.1 (1) In this section and sections 14.2 to 14.9,

"court" means a superior court of criminal jurisdiction;

"court of appeal" means

(a) in the Provinces of Quebec, Ontario, New Brunswick, Newfoundland, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, British Columbia, the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Court of Appeal, and

(b) in the Provinces of Nova Scotia and Prince Edward Island, the Appeal Division of the Supreme Court;

a) dans le cas où il est ordonné en vertu de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* que le détenu ne soit pas remis en liberté, ou

b) avant la fin de l'audition et de l'examen de son cas prévus à l'article 14.1 de cette loi visant à déterminer si la directive visée à l'alinéa a) devrait être donnée.

(4) Lorsque la directive visée au paragraphe (3) est donnée à l'égard d'un détenu, celui-ci:

a) est déchu du droit à toute réduction de peine inscrite à son actif avant ou après l'entrée en vigueur du présent article; et

b) ne peut bénéficier d'aucune réduction de peine à l'égard de la sentence qu'il purgeait à ce moment.

(5) La déchéance du droit à la réduction de peine prévue au paragraphe (4) ne peut être annulée en vertu de l'article 23 de la présente loi ou du paragraphe 20(3) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenues*.

4. *Page 2, article 3*: Remplacer la ligne 6 par ce qui suit:

«sous surveillance obligatoire a été révoquée du fait qu'il a été déclaré coupable d'une infraction»

5. *Page 2, nouvel article 3.1*: Insérer, immédiatement après l'intertitre «LOI SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE DE DÉTENUS» ce qui suit:

«3.1 Le paragraphe 9(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* est modifié par insertion, après l'alinéa a), de ce qui suit:

a.1) fixer les époques où peut avoir lieu l'examen du cas des détenus visés à l'article 14.1 et prévoir la façon de l'effectuer;»

6. *Page 2, nouvel article 3.2*: Insérer, immédiatement avant la ligne 27, ce qui suit:

«3.2 Ladite loi est modifiée par insertion, après l'article 14, de ce qui suit:

«ORDONNANCE INTERDISANT LA MISE EN LIBERTÉ SOUS SURVEILLANCE OBLIGATOIRE

14.1 (1) Dans le présent article et dans les articles 14.2 à 14.9:

«cour» signifie une cour supérieure de juridiction criminelle;

«cour d'appel» signifie

a) dans les provinces de Québec, d'Ontario, du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta, et de la Colombie-Britannique, et dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, la Cour d'appel,

b) dans les provinces de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard, la division d'appel de la Cour suprême;

“prosecutor” means the Attorney General of Canada and includes counsel acting on behalf of the Attorney General of Canada;

“superior court of criminal jurisdiction” means

(a) in the Province of Quebec, the Superior Court,

(b) in the Provinces of Ontario, Nova Scotia, Prince Edward Island, Newfoundland, the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Supreme Court,

(c) in the Province of British Columbia, the Supreme Court or the Court of Appeal, and

(d) in the Provinces of Manitoba, Saskatchewan, Alberta and New Brunswick, the Court of Appeal or the Court of Queen's Bench.

(2) The Chairman or a division of the Board shall, at the time and in the manner prescribed by the regulations, review the case of every inmate who is sentenced to imprisonment in or transferred to a penitentiary and is serving a sentence imposed in respect of a serious personal injury offence within the meaning of section 687 of the *Criminal Code*.

(3) Where, after reviewing the case of an inmate as required by subsection (2), the Chairman or members who conducted the review are of the opinion that the inmate should not be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law solely as a result of remission, including earned remission, on the grounds set out in paragraph 14.7(a) or (b), they shall refer the case to the Attorney General of Canada,

(a) except in the circumstances described in paragraph (b), not later than ninety days prior to the earliest day on which the inmate may be entitled to be released from imprisonment; and

(b) where the Chairman or members who conducted the review form the opinion less than ninety days prior to such day on the basis of

(i) behaviour by the inmate that occurs within those ninety days, or

(ii) information provided to the Chairman or members within those ninety days that could not reasonably have been provided earlier,

as soon as practicable after the opinion is formed.

(4) Where the case of an inmate has been referred to the Attorney General of Canada pursuant to subsection (2), an application for a direction under section 14.7 that the inmate shall not be released from imprisonment may be made, within fourteen days of the referral, to the court having jurisdiction in the place in which the inmate is in custody.

(5) An inmate is not entitled to be released from imprisonment prior to the completion of

«cour supérieure de juridiction criminelle» signifie

a) dans la province de Québec, la Cour supérieure,

b) dans les provinces d'Ontario, de Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, et de Terre-Neuve, et dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, la Cour suprême,

c) dans la province de la Colombie-Britannique, la Cour suprême ou la Cour d'appel,

d) dans les provinces du Manitoba, de la Saskatchewan, la Cour d'appel ou la Cour du Banc de la Reine,

«poursuivant» signifie le procureur général du Canada et comprend son substitut légitime;

(2) Le président ou une section de la Commission doit, à l'époque et de la façon prévues aux règlements, examiner le cas de chaque détenu qui est condamné à l'emprisonnement dans un pénitencier ou y est transféré et qui purge une peine d'emprisonnement imposée pour sévices graves à la personne, au sens de l'article 687 du *Code criminel*.

(3) Dans le cas où, à l'issue de l'examen visé au paragraphe (2), le président ou les membres qui ont fait l'examen concluent que le détenu ne devrait pas être mis en liberté, par suite uniquement d'une réduction de peine, y compris une réduction de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi, pour les motifs prévus aux alinéas 14.7a) ou b), ceux-ci doivent renvoyer l'affaire au procureur général du Canada:

a) au plus tard quatre-vingt-dix jours avant la première date à laquelle le détenu a le droit d'être remis en liberté, sauf dans les circonstances visées à l'alinéa b);

b) dans le cas où le président ou les membres qui ont fait l'examen arrivent à leur conclusion moins de quatre-vingt-dix jours avant cette date sur le fondement:

(i) du comportement du détenu pendant ces quatre-vingt-dix jours, ou

(ii) des renseignements soumis au président ou aux membres dans les quatre-vingt-dix jours et qui ne pouvaient raisonnablement être soumis avant,

aussitôt que possible après être arrivés à cette conclusion.

(4) Lorsque le cas d'un détenu a été renvoyé au procureur général du Canada, en vertu du paragraphe (2), une demande d'ordonnance prévue à l'article 14.7 interdisant la mise en liberté du détenu peut être présentée, dans les quatorze jours du renvoi, à la cour compétente dans le lieu où le détenu est sous garde.

(5) Un détenu n'a pas le droit d'être remis en liberté avant:

(a) the hearing and determination by the court of the application in respect of the inmate pursuant to this section and sections 14.2 to 14.7, or

(b) an appeal by the Attorney General of Canada pursuant to subsection 14.8(2) against the dismissal of the application referred to in paragraph (a).

(6) An inmate who is in custody by virtue of subsection (5) shall be deemed to be serving his sentence.

(7) This section and sections 14.2 to 14.9 apply in respect of persons who were sentenced to imprisonment in or transferred to any class of penitentiary before or after the coming into force of this section.

14.2 (1) Where an application in respect of an inmate has been made pursuant to subsection 14.1(4), the Court shall hear and determine the application except that no such application shall be heard unless

(a) at least fourteen days notice has been given to the inmate by the prosecutor, following the making of the application, outlining the basis on which it is intended to found the application; and

(b) a copy of the notice has been filed with the clerk of the court.

(2) An application made pursuant to subsection 14.1(4) shall be heard and determined by the court without a jury.

(3) For the purposes of an application made pursuant to subsection 14.1(4), where an inmate admits any allegations contained in the notice referred to in paragraph (1)(a), no proof of those allegations is required.

(4) The production of a document purporting to contain any nomination that may be made or given by the Attorney General of Canada under sections 14.1 to 14.9 and purporting to be signed by the Attorney General of Canada is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of that nomination without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the document.

14.3 (1) On the hearing of an application made pursuant to subsection 14.1(4), the court shall hear the evidence of at least two psychiatrists and all other evidence that, in its opinion, is relevant, including the evidence of any psychologist or criminologist called as a witness by the prosecution or the inmate.

(2) One of the psychiatrists referred to in subsection (1) shall be nominated by the prosecution and one shall be nominated by the inmate.

(3) If the inmate fails or refuses to nominate a psychiatrist pursuant to this section, the court shall nominate a psychiatrist on behalf of the inmate.

(4) Nothing in this section shall be construed to enlarge the number of expert witnesses that may be called without the leave of the court or judge under section 7 of the *Canada Evidence Act*.

a) que, conformément au présent article et aux articles 14.2 à 14.7, la cour n'ait tenu une audition et pris une décision relativement à la demande faite à son égard, ou

b) qu'il n'ait été statué sur l'appel interjeté par le procureur général du Canada en vertu du paragraphe 14.8(2) du rejet de la demande visée à l'alinéa a).

(6) Un détenu qui est sous garde en vertu du paragraphe (5) est censé purger sa sentence.

(7) Le présent article et les articles 14.2 à 14.9 s'appliquent aux personnes qui, avant ou après l'entrée en vigueur de celui-ci, ont été condamnées à l'emprisonnement dans un pénitencier ou y ont été transférées.

14.2 (1) La cour ne doit entendre et statuer sur une demande faite à l'égard d'un détenu en vertu du paragraphe 14.1(4) que si:

a) la poursuite a donné au détenu un préavis d'au moins sept jours francs après la présentation de la demande indiquant ce sur quoi la demande se fonde; et

b) une copie de l'avis a été déposée auprès du greffier de la cour.

(2) La demande faite à l'égard d'un détenu en vertu du paragraphe 14.1(4) est entendue et décidée par la cour en l'absence du jury.

(3) Aux fins d'une demande faite à l'égard d'un détenu en vertu du paragraphe 14.1(4), lorsqu'un détenu admet des allégations figurant à l'avis mentionné à l'alinéa (1)a), il n'est pas nécessaire d'en faire la preuve.

(4) La production d'un document contenant apparemment une nomination que peut faire, ou un consentement que peut donner, le procureur général du Canada en vertu des articles 14.1 à 14.9, et apparemment signé par le procureur général fait preuve, en l'absence de preuve contraire, de cette nomination ou de ce consentement sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle de la personne l'ayant apparemment signé.

14.3 (1) Lors de l'audition d'une demande en vertu du paragraphe 14.1(4), la cour doit entendre la preuve d'au moins deux psychiatres et toute autre preuve qu'elle considère pertinente y compris la preuve de tout psychologue ou criminologue appelé comme témoin par la poursuite ou par le détenu.

(2) L'un des psychiatres mentionnés au paragraphe (1) est nommé par la poursuite et l'autre par le détenu.

(3) La Cour qui entend la demande nomme un psychiatre aux lieu et place du détenu qui omet ou refuse de le faire conformément au présent article.

(4) Le présent article ne peut s'interpréter comme augmentant le nombre des experts susceptibles d'être appelés comme témoins sans l'autorisation de la cour ou du juge conformément à l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

14.4 (1) A court to which an application is made pursuant to subsection 14.1(4) may, by order in writing,

(a) direct the inmate in relation to whom the application is made to attend, at a place or before a person specified in the order and within a time specified therein, for observation, or

(b) remand the inmate in such custody as the court directs, for a period not exceeding thirty days, for observation,

where in its opinion, supported by the evidence of, or where the prosecutor and the inmate consent, supported by the report in writing of, at least one duly qualified medical practitioner, there is reason to believe that evidence might be obtained as a result of such observation that would be relevant to the application.

(2) Notwithstanding subsection (1), a court to which an application is made pursuant to subsection 14.1(4) may remand the inmate to which that application relates in accordance with that subsection

(a) for a period not exceeding thirty days without having heard the evidence or considered the report of a duly qualified medical practitioner where compelling circumstances exist for so doing and where a medical practitioner is not readily available to examine the offender and give evidence or submit a report; and

(b) for a period of more than thirty but not more than sixty days where it is satisfied that observation for such a period is required in all the circumstances of the case and its opinion is supported by the evidence of, or where the prosecutor and the inmate consent, by the report in writing of, at least one duly qualified medical practitioner.

14.5 Without prejudice to the right of an inmate to tender evidence as to his character and repute, evidence of the character and repute of the inmate may, if the court thinks fit, be admitted on the question whether the inmate should be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law solely as a result of remission, including earned remission.

14.6 (1) The inmate shall be present at the hearing of an application made pursuant to subsection 14.1(4) and the court shall order, in writing, the person having the custody of the inmate to bring the inmate before the court.

(2) Notwithstanding subsection (1), the court may

(a) cause the inmate to be removed and to be kept out of court, where he misconducts himself by interrupting the proceedings so that to continue the proceedings in his presence would not be feasible; or

(b) permit the inmate to be out of court during the whole or any part of the hearing on such conditions as the court considers proper.

14.7 Where, on an application made pursuant to subsection 14.1(4), it is established to the satisfaction of the court,

14.4 (1) La cour à qui une demande est faite en vertu du paragraphe 14.1(4) peut, dans une ordonnance par écrit,

a) ordonner au détenu que vise la demande de se présenter pour observation devant la personne et aux lieu et date indiqués, ou

b) renvoyer le détenu à la garde qu'elle prescrit pour observation pendant trente jours au plus,

lorsque, suivant son opinion appuyée par le témoignage, ou lorsque le poursuivant et cette personne y consentent, par le rapport écrit d'au moins un médecin dûment qualifié, il y a des motifs de croire qu'il serait possible d'obtenir par suite de cette observation, des preuves pouvant s'avérer utiles à l'examen d'une telle demande.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), la cour à qui une demande est faite en vertu du paragraphe 14.1(4) peut renvoyer la personne que vise cette demande conformément à ce paragraphe,

a) pour une période d'au plus trente jours sans avoir entendu le témoignage ou examiné le rapport d'un médecin dûment qualifié, lorsque les circonstances l'exigent et qu'il ne se trouve pas de médecin qui puisse à bref délai examiner cette personne et rendre témoignage ou présenter un rapport; et

b) pour une période de plus de trente jours ne dépassant pas soixante jours, lorsqu'elle est convaincue qu'une telle période d'observation est requise compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire et que son opinion est appuyée par le témoignage ou, lorsque le poursuivant ou cette personne y consentent, par le rapport écrit d'au moins un médecin dûment qualifié.

14.5 Sans préjudice du droit pour le détenu de présenter une preuve de son caractère ou sa réputation, une preuve de ce genre peut, si la cour l'estime opportun, être admise sur la question de savoir si le détenu doit ou non être remis en liberté, par suite uniquement d'une réduction de peine, y compris une réduction de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi.

14.6 (1) Le détenu doit être présent à l'audition de la demande en vertu du paragraphe 14.1(4) et la cour peut ordonner, par écrit, à la personne ayant la garde du détenu, de le faire comparaître devant la cour.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), la cour peut:

a) faire expulser le détenu, s'il se conduit mal en interrompant les procédures de telle sorte qu'il ne serait pas possible de continuer les procédures en sa présence; ou

b) permettre au détenu d'être absent de la cour pendant la totalité ou une partie de l'audition, aux conditions que la cour estime à propos.

14.7 Lorsque, sur demande faite en vertu du paragraphe 14.1(4), la cour est convaincue:

(a) that the inmate is serving a sentence imposed in respect of a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 687 of the *Criminal Code* and the inmate constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the inmate, of which that offence forms a part, showing a failure to restrain his behaviour and a likelihood of his causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the inmate, of which that offence forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the inmate as to the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour, or

(iii) any behaviour by the inmate, associated with that offence, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that his behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint, or

(b) that the inmate is serving a sentence imposed in respect of a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 687 of the *Criminal Code* and the inmate, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of that offence, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses,

the court may, by order direct that the inmate shall not be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law solely as a result of remission, including earned remission.

14.8 (1) Where a court directs under section 14.7 that an inmate shall not be released from imprisonment, the inmate may appeal to the court of appeal against that direction on any ground of law or fact or mixed law and fact.

(2) The Attorney General of Canada may appeal to the court of appeal against the dismissal of an application for a direction under section 14.7 on any ground of law.

(3) On an appeal against a direction made under section 14.7, the court of appeal may

(a) quash such direction or order a new hearing; or

(b) dismiss the appeal.

(4) On an appeal against the dismissal of an application for a direction under section 14.7, the court of appeal may

(a) allow the appeal, and

a) que le détenu purge une peine d'emprisonnement pour sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 687 du *Code criminel* et qu'il constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de cette infraction, le détenu démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de cette infraction, le détenu démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui, ou

(iii) que le comportement du détenu, associé à la perpétration de cette infraction, est d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement, ou

b) que le détenu purge une peine d'emprisonnement pour sévices graves à la personne au sens de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 687 du *Code criminel*, et que sa conduite antérieure dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de cette infraction, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes,

la cour peut, par ordonnance, ordonner que le détenu ne soit pas mis en liberté, par suite uniquement d'une remise de peine, y compris une remise de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi.

14.8 Dans le cas où la cour ordonne en vertu de l'article 14.7 qu'un détenu ne soit pas remis en liberté, celui-ci peut interjeter appel d'une telle ordonnance à la cour d'appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait.

(2) Le procureur général du Canada peut interjeter appel, à la cour d'appel, du rejet d'une demande d'ordonnance en vertu de l'article 14.7 sur toute question de droit.

(3) Sur un appel d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 14.7 la cour d'appel peut

a) casser cette ordonnance ou ordonner une nouvelle audition; ou

b) rejeter l'appel.

(4) Sur un appel du rejet d'une demande d'ordonnance aux termes de l'article 14.7, la cour d'appel peut

a) admettre l'appel, ou ordonner une nouvelle audition; ou

(i) by order, direct that the inmate shall not be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law, solely as a result of remission, including earned remission, or

(ii) order a new hearing; or

(b) dismiss the appeal.

(5) A judgment of the court of appeal allowing an appeal pursuant to paragraph 4(a) and directing that the inmate shall not be released from imprisonment has the same force and effect as if it were a direction of the court pursuant to section 14.7.

(6) The provisions of Part XVIII of the *Criminal Code* with respect to procedure on appeals apply *mutatis mutandis* to appeals under this section.

14.9 Where a court, pursuant to section 14.7, directs that an inmate not be released from imprisonment, the court shall order that a copy of all reports or testimony given by psychiatrists, psychologists or criminologists and any observations of the court with respect to the reasons for the direction together with a transcript of the trial of the dangerous offender be forwarded to the Solicitor General of Canada for his information."

7. *Page 2, clause 4:* Strike out line 30 and substitute the following:

"4. Subsection 15(2) of the *said Act* is"

8. *Page 4, new clause 8:* Add, immediately after line 9, the following heading and section:

PERIOD IN FORCE

"8. Subsections 24(3) to (5) of the *Penitentiary Act*, as enacted by subsection 2(2) of this Act and paragraph 9(a.1) and sections 14.1 to 14.9 of the *Parole Act*, as enacted by sections 3.1 and 3.2, respectively, of this Act shall cease to be in force three years after the coming into force of this Act."

Respectfully submitted,

La présidente

JOAN NEIMAN

Chairman

b) rejeter l'appel.

(5) Le jugement de la cour d'appel admettant l'appel conformément à l'alinéa 4a) et ordonnant que le détenu ne soit pas remis en liberté à la même vigueur et le même effet que s'il s'agissait d'une ordonnance rendue par la cour en vertu de l'article 14.7.

(6) Les dispositions de la Partie XVIII relatives à la procédure sur appels s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux appels prévus par le présent article.

14.9 La cour qui, conformément à l'article 14.7, ordonne qu'un détenu ne soit pas remis en liberté, doit ordonner que soit remis au solliciteur général du Canada, à titre d'information, avec les notes sténographiques du procès, copie des rapports et témoignages des psychiatres, psychologues ou criminologues, ainsi que des observations faites par la cour, portant sur les motifs de l'ordonnance.»

7. *Page 2, article 4:* Remplacer les lignes 27 et 28 par ce qui suit:

«4. Le paragraphe 15(2) de ladite loi est»

8. *Page 4, nouvel article 8:* Ajouter immédiatement après la ligne 11 ce qui suit:

DURÉE D'APPLICATION

«8. Les paragraphes 24(3) à (5) de la *Loi sur les pénitenciers*, tels qu'édictees par le paragraphe 2(2) de la présente loi, et l'alinéa 9a.1) et les articles 14.1 à 14.9 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, tels qu'édictees, respectivement, par les articles 3.1 et 3.2 de la présente loi, cessent d'avoir effet trois ans après l'entrée en vigueur de la présente loi.»

Respectueusement soumis,

EVIDENCE

Ottawa, Thursday, June 2, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 11.15 a.m., to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (Chairman), in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, continuing our hearings on Bill S-33, we are privileged to have before us a very distinguished member of the Canadian bar and, in particular, of the criminal bar, who is here to present a brief on behalf of the Advocates' Society. Honourable senators have copies of Mr. Greenspan's brief, and I believe Mr. Greenspan has an opening statement which may clarify or amplify some of the comments he has to make.

Mr. Edward L. Greenspan, Q.C., Advocates' Society: Honourable senators, I am grateful for this opportunity to appear before you on behalf of the Advocates' Society of Ontario. Mr. John Nelligan has already appeared before your committee and has explained what the Advocates' Society is and whom it represents. My appearance today is on their behalf as well.

My mandate is to discuss, on their behalf, these points set out in the material filed before you. The submissions filed on behalf of the Advocates' Society represent a carefully considered view of the proposed sections of the Uniform Evidence Act and reflect the views of the entire society. However, there are several comments, personal comments, that I should like to make before I deal with the submission of the society.

Legal philosophers have differed over the shaping and re-shaping of law. I subscribe to the notion that attempts to re-shape the law by judicial overruling of leading cases is no substitute for well drawn, comprehensive legislation. I believe that patchwork overruling along with patchwork legislative tinkering often does at least as much harm to the legal system as it does good. There is much need for codification.

There is difficulty, not so much in knowing the law, but knowing specifically where to find it. It is clear that confusion is created by parallel lines of case law. The want of certainty created by differing judges' opinions is something that should be avoided in law.

I am not sure that this code or any code can avoid inherent problems indigenous to any legal system. What I am certain of, though, is that, as Oliver Wendell Holmes said, "Theory is the most important part of the dogma of the law, as the architect is the most important man who takes part in the building of a house."

No evidence act dealing with criminal law can avoid an underlying discussion of the theoretical underpinnings of crime. The next most difficult task then is of relating theory to practice within the framework of the proposals for change. It is this task that you have before you.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le jeudi 2 juin 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-33, donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, s'est réuni aujourd'hui à 11 h 15 pour étudier le projet de loi.

Le sénateur Joan Neiman (président), occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, pour poursuivre nos travaux sur le projet de loi S-33, nous avons l'avantage d'avoir avec nous un très éminent membre du barreau canadien, en particulier de sa branche criminaliste, qui vient nous présenter un mémoire au nom de l'Advocates' Society. Vous avez tous un exemplaire du mémoire de M. Greenspan qui, je crois, a une déclaration préliminaire à faire, dans laquelle il précisera certains des arguments qu'il a formulés.

M. Edward L. Greenspan, c.r., Advocates' Society: Honorables sénateurs, je vous remercie de m'avoir invité à comparaître devant vous au nom de l'Advocates' Society de l'Ontario. M. John Nelligan a déjà comparu devant votre comité pour présenter l'Advocates' Society et pour expliquer qui elle représente. Aujourd'hui, je compare moi aussi au nom de la société.

J'ai pour mandat de présenter, en son nom, les éléments énoncés dans le document qu'on vous a remis. Les propositions de l'Advocates' Society sont le fruit d'une étude minutieuse des dispositions proposées pour la Loi uniforme sur la preuve, et traduisent le point de vue global de la société. Cependant, je voudrais faire quelques remarques personnelles avant d'en venir au point de vue de la société.

La doctrine émet des opinions différentes sur l'orientation à donner en droit. Je souscris à l'analyse selon laquelle les revirements de jurisprudence ne sauraient remplacer une législation complète et bien rédigée pour assurer la cohérence du droit. J'estime que le rapiéçage combiné de la jurisprudence et des mesures législatives fait autant de mal que de bien à nos institutions juridiques. Il est grand temps d'en venir à une codification.

La difficulté n'est pas tant de connaître le droit que de savoir exactement où en trouver tous les éléments. De toute évidence, les tendances parallèles de la jurisprudence suscitent la confusion. En droit, il faudrait éviter le manque de certitude engendré par les diverses opinions des juges.

Au demeurant, je ne suis pas certain que ce code ou que quelque autre code puisse aplanir les problèmes inhérents à n'importe quel système juridique. Ce dont je suis par contre certain, c'est que comme l'a dit Oliver Wendell, «la théorie est l'élément primordial des sources du droit, comme peut l'être l'architecte dans la construction d'une maison».

En matière criminelle, aucune loi de la preuve ne saurait dispenser d'étudier les fondements de la criminalité d'un point de vue théorique. Ensuite, la difficulté consiste à harmoniser la théorie et la pratique dans une structure de propositions de

[Text]

What must be understood is that there are no simple solutions to crime, and it is incumbent on you, as well as leaders of the legal profession, to help the public understand that many apparently simple solutions to crime not only pose constitutional problems, but also offer false promises.

Many people are convinced that legions of criminals get off on technicalities. The favourite target of such critics is in the form of the exclusionary rules of evidence. An examination of the empirical data does not support the critics' arguments. I once read, in the United States in 1979, a general accounting study which found that the American exclusionary rule had minimal impact on case outcomes. Over 2,800 cases were evaluated and in only 1.3 per cent of those cases was evidence excluded as the result of a suppression motion.

Fair and impartial evidentiary rules are not responsible for hordes of criminals going free, nor could they ever be. What is required is a dispassionate examination of the criminal process because the facts belie the mythology surrounding the rules.

It is important that we approach crime control recommendations in a thoughtful and considered manner and have the courage to speak out against popular and easy solutions which will catch the headlines but not the criminals and which will be neither fair nor necessarily effective.

I am afraid that the present bill, Bill S-33, in too many places lacks that degree of fundamental fairness that is necessary in our very special adversary system.

Before I look at that, I want to comment on an aspect of this entire matter that seems to me to be causing too much interest, and that is the question of the involvement of the private bar in the preparation and the finalization of this bill. I am only referring to this because certain people have seen fit to refer to my name before you as support for the proposition that the defence bar was consulted throughout the process and, in particular, that I had an impact of some sort at Whitehorse during the Uniform Law Conference that approved, in essence, this bill.

May I say at the outset that it is my clear view that this bill ought to be judged on its own merits. Whether or not one crown attorney prepared it or one defence counsel prepared it or 100 crown attorneys prepared it or a legal philosopher prepared it is not, in and of itself, sufficient cause to reject the entire bill if the bill is sound and if the various clauses making up the bill pass the litmus test of fairness. I think the Canadian Bar Association misses the issue by stating that they had no input. I think those members of the Department of Justice who tried to suggest that there was input also missed the key issue.

If you, as senators and, ultimately, the members of the House of Commons, approve this legislation, you should approve it on its merits and not because there was either no consultation or insufficient consultation on whether this or that lawyer or whether this or that group of lawyers are upset

[Traduction]

changement. C'est à cette difficulté que vous êtes maintenant confrontés.

Il faut bien comprendre qu'on ne saurait résoudre facilement la criminalité, et c'est à vous, ainsi qu'aux principaux responsables des professions juridiques, qu'il incombe d'aider les justiciables à comprendre que certaines solutions apparemment simples, envisagées pour résoudre la criminalité, posent d'une part des problèmes constitutionnels, et en outre, constituent de faux espoirs.

Bien des gens sont convaincus que les criminels se tirent très souvent d'affaire en exploitant les méandres du droit. Les critiques formulées en ce sens visent principalement les règles d'irrecevabilité. Pourtant, ces critiques sont contredites par l'étude des données dont nous disposons. En 1979, j'ai pris connaissance, aux États-Unis, d'une étude statistique qui établissait que les règles américaines d'irrecevabilité n'avaient qu'une faible incidence sur l'issue des procédures. Sur les 2,800 causes soumises à l'étude, 1.3 100 seulement des procédures avaient donné lieu à l'exclusion d'une preuve à la suite d'une motion de suppression.

Des règles de preuve justes et impartiales ne sauraient être tenues responsables des mises en liberté de criminels. Dans ce domaine, il est indispensable de considérer froidement les choses, car les faits contredisent totalement les opinions couramment formulées à propos des règles de preuve.

Nous devons aborder avec circonspection les recommandations concernant la lutte contre la criminalité, en ayant le courage de nous opposer à des solutions de facilité susceptibles de faire les manchettes, mais non pas de neutraliser les criminels, et qui seraient injustes, et d'une efficacité douteuse.

Je crains que ce projet de loi S-33 ne soit pas suffisamment imprégné de l'équité fondamentale indispensable dans notre système très particulier de justice accusatoire.

Avant d'en venir au principal, je voudrais aborder un aspect de la question qui me semble susciter un intérêt excessif; il s'agit de la participation du barreau à la préparation et au parachèvement de ce projet de loi. J'en parle parce que certains ont jugé bon de faire état de mon nom devant vous à l'appui d'une affirmation selon laquelle le barreau avait été consulté tout au long du processus, signalant en particulier que j'étais intervenu à Whitehorse au cours de la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit qui a approuvé le principe de ce projet de loi.

Je voudrais dire tout d'abord qu'à mon avis, ce projet de loi doit être considéré pour sa valeur intrinsèque. Le fait que des procureurs de la Couronne, des avocats de la défense ou des auteurs aient pu participer ou non à sa rédaction ne saurait justifier l'abandon d'un projet de loi s'il est bon et si ses dispositions répondent aux exigences de l'équité. À mon avis, l'Association du Barreau canadien sort du sujet lorsqu'elle déplore son impossibilité de participer à la formulation du projet de loi. Je pense également que les fonctionnaires du ministère de la Justice qui laisse entendre que le Barreau y a participé sont eux aussi hors du sujet.

En définitive, si vous décidez, avec les députés, d'approuver ce projet de loi, vous devrez l'approuver pour sa valeur intrinsèque, sans savoir si le processus de consultation a été suffisant ou non, et sans vous préoccuper du fait qu'un groupe d'avocats se plaint de ne pas avoir été consulté. Il s'agit peut-être là d'un

[Text]

that they were not consulted. That may be a passing interest, but it should never be determinative of whether legislation is good or bad.

The lack of input may be the explanation for a certain bias in some of the clauses, but if a clause has a certain bias, you can make the appropriate change here if you are satisfied that clause is not as fair as it could be. I think it would have been more constructive and preferable if ongoing consultation had taken place, but, as I say, that is beside the point.

What is to the point is that Eugene Ewaschuk from the Department of Justice took it upon himself to mention my name in connection with the process as if, somehow, that should satisfy the complaint of the private bar that they were not consulted. I am but one voice and was only one voice at Whitehorse, and I want to explain my involvement in the process.

A number of years ago the Uniform Law Conference, which meets annually the week before the Canadian Bar Association convention, agreed that each province and the federal government could invite a member of the defence bar to attend the annual Uniform Law Conference. I was invited by the federal government and, specifically, by Mr. Tassé, the Deputy Minister of Justice, to attend; and for that I am deeply indebted to Mr. Tassé. I have been to the last five conferences in St. John's, Saskatoon, Charlottetown, Whitehorse and Montebello, and have participated in the criminal justice section there debating for five days various proposals for change in the Criminal Code.

Although I was clearly in the minority, being one of five or six defence lawyers in a group of 30 or so crown attorneys, over those years the debates have been lively and lengthy, and there has been a careful analysis of the pros and cons of each problem. If the debate did not finish, the matter was put over to the following year because there is no particular rush to bring amendments to the criminal law unless a specific problem arises.

The conference at Whitehorse, dealing with the question of the Uniform Evidence Act, did not take the same course as all the other matters had taken over the five years I have attended. The task force report was submitted to the plenary session of the Uniform Law Conference. That was the first time I had ever attended a plenary session called to consider the report. I was not involved in the task force study. Mr. Justice Murray of the British Columbia Supreme Court makes it clear in his dissent that no defence counsel were involved. I was not asked to the special Uniform Law Conference that was called in Ottawa prior to the Whitehorse meeting to discuss the task force report. As I understand it, the private bar members of the Uniform Law Conference were not invited to that special plenary session on the Uniform Evidence Act in Ottawa that pre-dated the meeting in Whitehorse.

[Traduction]

élément non négligeable, mais qui ne saurait être déterminant quant à la valeur du projet de loi.

L'insuffisance de la consultation pourrait être à l'origine d'une forme de parti pris dans certaines dispositions, mais dans ce cas, vous pouvez y apporter ici les modifications appropriées si vous êtes convaincus que ces dispositions ne sont pas aussi équitables qu'elles devraient l'être. A mon avis, il aurait été préférable et plus constructif d'assurer un processus continu de consultation, mais comme je l'ai dit, cette question est hors sujet.

Le sujet qui m'occupe, c'est qu'un fonctionnaire du ministère de la Justice, M. Eugene Ewaschuk, a entrepris de faire état de mon nom à propos du processus de consultation, comme pour donner foi aux doléances du barreau, qui se plaint de ne pas avoir été consulté. Je ne peux, quant à moi, formuler que mon avis, comme je l'ai fait à Whitehorse, et je voudrais vous expliquer quelle a été ma participation au processus.

Il y a plusieurs années, la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, qui se tenait chaque année une semaine avant le congrès de l'Association du Barreau canadien, a décidé que le gouvernement fédéral et chacune des provinces pourraient inviter un avocat de la défense membre du barreau à assister à ses travaux. J'ai été invité à ce titre par le gouvernement fédéral, en la personne du sous-ministre de la Justice, M. Tassé, ce dont je lui suis très reconnaissant. J'ai assisté aux cinq dernières conférences, à St-Jean, à Saskatoon, à Charlottetown, à Whitehorse et à Montebello, et j'ai ainsi participé aux travaux de la section de la justice criminelle, qui a étudié pendant cinq jours différentes propositions de modifications du Code criminel.

Bien que les six avocats de la défense dont je faisais partie fussent manifestement en minorité face à une trentaine de procureurs de la Couronne, les débats ont été chaque année très animés et très approfondis, et on a analysé très soigneusement le pour et le contre dans chaque problème. Lorsqu'on ne parvenait pas à une conclusion, la question était reportée à l'année suivante, étant donné qu'il n'est jamais urgent de modifier le droit criminel, à moins qu'un problème particulier se pose.

La conférence de Whitehorse, où on a étudié la question de la Loi uniforme sur la preuve, ne s'est pas déroulée de la même façon que les autres conférences auxquelles j'ai assisté pendant ces cinq années. Le rapport du groupe de travail a été présenté à l'assemblée plénière de la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit. C'est alors que j'ai assisté pour la première fois à une assemblée plénière chargée d'étudier le rapport. Je n'ai pas participé à l'étude du groupe de travail. Le juge Murray, de la Cour suprême de Colombie-Britannique, a précisé qu'aucun avocat de la défense n'y avait participé. Je n'ai pas été invité à la Conférence spéciale de l'uniformisation du droit qui s'est réunie à Ottawa avant la réunion de Whitehorse pour étudier le rapport du groupe de travail. Je crois savoir que les membres du barreau participant à la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit n'ont pas été invités à cette session plénière sur la Loi uniforme de la preuve à Ottawa, qui a précédé le congrès de Whitehorse.

[Text]

My first chance to comment was at Whitehorse. One day was set aside to debate the entire bill—one day for everybody, not just for me, to propose amendments. There was a rush on that day to adopt the bill, not to debate it in earnest. Representatives of Ontario kept insisting all through the day that all these matters had been canvassed in Ottawa—not saying that it was in the absence of the private bar—and that the day in Whitehorse was just re-hashing old difficulties that they had sorted out in Ottawa.

The day was not, in my view, a good day for healthy debate. There was an unfortunate atmosphere of “Get on with it; today we must vote.”

I could not submit all my objections which were over 40 in number because there was only one day allotted for everybody, and I could not, in fairness, take an unfair share of the day. I made some five or six proposals which broke down into seven—two were successful; five were not.

On that day I warned the people who were at the plenary session that the basic underlying philosophy of a number of clauses in the proposed Uniform Evidence Act disclosed a basic distrust of all accused people—that all accused people will cheat or obstruct witnesses, make witnesses disappear—so that a code was designed to cover the problem as they perceived it. I went through a number of examples that I felt were serious problems in showing a peculiar bias throughout the proposed act. The compromise with respect to the cross-examination of an accused on his criminal record—which you have before you and on which I will make some submissions—happened over a hurried lunch. A committee was set up to discuss the matter over lunch. In my view, that is not the way to determine the future of the law of this country.

It was wrong for my good friend, Eugene Ewaschuk, to say, at volume No. 36, page 13 of the proceedings of this committee, that there was in fact a “mixture” at Whitehorse, if, by that, he is implying that there was adequate defence representation. It was wrong, as well, for Mr. Ewaschuk to say that there was a lot of give and take and compromise. There was little give, a lot of take and hardly any compromise. Whitehorse, to me, was a terribly unsatisfactory day.

As I have said before—and I want to repeat and underline it now—if honourable senators find this act, as proposed, to be fair in its entirety, then they have done the work that is needed. Do not, however, find this act fair or pass this act on the basis of any real, serious input on my part. I was one voice, and never was I made more painfully aware of that fact than at the plenary session at Whitehorse.

Those are really the only general comments that I wanted to make about the bill. I have had an opportunity to review the proceedings of the committee hearings that have been held. I have also had an opportunity to read all of the submissions of the people who have appeared before honourable senators. There was only one comment that I wanted to bring to your attention, and that is the suggestion made by Mr. Ewaschuk,

[Traduction]

C'est à Whitehorse que j'ai eu pour la première fois la possibilité d'intervenir. On a consacré une journée à l'étude d'ensemble du projet de loi, et une journée aux amendements proposés par l'ensemble des participants, et non par moi seul. Ce jour-là, on s'est dépêché d'adopter le projet de loi, sans pouvoir en débattre au fond. Les délégués de l'Ontario ont constamment insisté sur le fait que toutes les questions avaient été minutieusement étudiées à Ottawa—sans préciser que cette étude s'était déroulée en l'absence du barreau privé—et en prétendant que cette journée à Whitehorse ne faisait que reprendre les difficultés déjà aplanies à Ottawa.

Cette journée, à mon avis, ne fut pas propice à un débat constructif. On a malheureusement précipité l'adoption du projet de loi.

Je n'ai pas pu formuler toutes mes objections, qui étaient au nombre d'au moins 40, car on n'avait prévu qu'un jour pour tous les intervenants, et je ne pouvais, en bonne justice, accaparer le temps d'intervention cette journée-là. J'ai formulé sept propositions, dont deux ont été retenues, et cinq écartées.

Ce jour-là, j'ai mis en garde les participants à la séance plénière contre le fait que dans un certain nombre de dispositions du projet de loi uniforme sur la preuve, on sentait en filigrane une foncière méfiance à l'égard de tous les inculpés qui, disait-on, s'évertuaient à tromper les témoins et à en faire disparaître—à tel point qu'on avait élaboré un code pour résoudre le problème ainsi perçu. J'ai cité un certain nombre d'exemples qui, à mon avis, illustrent les préventions du projet de loi contre les accusés. Le compromis au sujet du contre-interrogatoire d'un inculpé relativement à ses antécédents judiciaires—dont vous avez le texte devant vous et que je commenterai plus tard—est survenu au cours d'un dîner à la hâte. Un comité a été constitué pour discuter de la question pendant le repas. A mon avis, ce n'est pas de cette façon qu'on doit déterminer l'avenir du droit dans ce pays.

Mon bon ami M. Eugene Ewaschuk a tort de déclarer, à la page 13 du fascicule n° 36 des délibérations de ce comité, qu'il y a eu un groupe de personnes diversifié à Whitehorse si, par cela, il entend qu'il y avait représentation appropriée des intérêts de la défense. Il a également tort d'affirmer qu'on a beaucoup pris et beaucoup donné et qu'on a fait des compromis. On a peu donné, on a beaucoup pris et il y a eu peu de compromis. Whitehorse pour moi, a été une journée des plus décevante.

Comme je l'ai déjà dit—et je le répète et le souligne—si les honorables sénateurs jugent le projet de loi entièrement satisfaisant, ils ont fait le travail qui s'imposait. Pour ma part, je refuse d'y voir une mesure équitable et je ne veux pas qu'on associe mon nom à son adoption. Je n'avais qu'une voix au chapitre et jamais je n'en ai pris aussi durement conscience que lors de la séance plénière à Whitehorse.

Ce sont là les commentaires généraux que j'avais à faire au sujet du projet de loi. J'ai pris connaissance des délibérations des séances que le comité a tenues et j'ai lu tous les mémoires présentés aux honorables sénateurs. Je voudrais simplement faire un commentaire au sujet de la proposition que fait M. Ewaschuk aux pages 14 et 15 du fascicule n° 52 où il tente de faire valoir aux honorables sénateurs que l'inculpé retirera

[Text]

in volume No. 52, pages 14 and 15, where he was trying to stress to honourable senators that an accused will actually get a lot of things from this bill. He states:

An accused will actually get a lot of things from this bill.

I assume, therefore, that that is the impression he was trying to leave with honourable senators. He also says:

Perhaps the clearest has to do with clause 123, subclause 2, where it is provided that cross-examination of an accused on his prior record will be drastically limited.

I will take a look at that clause in an effort to assist honourable senators in determining whether there is really a drastic limitation. Mr. Ewaschuk goes on to state:

Clause 91 provides that the spouse of an accused is compellable—not merely competent, as it is now specified in the *Canada Evidence Act*—for an accused.

He seems to think that that is a big step forward for the accused. I should tell honourable senators that in 1903 the Supreme Court of Canada, in a case called *Gosselin vs. The King*, which appears at 7 Canadian Criminal Cases, page 93, held that compellability follows from competency; that is, if someone is competent, then they are also compellable. Therefore, honourable senators ought not to take from this act that anything was given to the accused by that particular reference.

Mr. Ewaschuk continues:

The burden will always be on the Crown when there is a question of fitness to stand trial in terms of insanity. That is not the case now. The initial burden now is on the accused.

I take strong exception to that statement and would refer honourable senators to *Martin's Annual Criminal Code 1982*, pages 535 to 536. That is not where the burden now lies. No real benefit has been given to the accused that is not found in the existing law, and I have a number of authorities listed which are taken out of *Martin's Criminal Code* that might be of some assistance to honourable senators.

Mr. Ewaschuk goes on to say:

We will not allow the use of a conviction which might be relevant to a civil suit such as adultery, libel, and so on, pending an appeal. That will overrule a Supreme Court of Canada case on that point.

Mr. Ewaschuk did start out by saying that he was showing honourable senators how an accused person has benefited, but he did not indicate, when he said that, that the accused does not have that complaint; that in a civil case he somehow benefits from the exclusion of a criminal record. The fact of the matter is that the real unfairness occurs in a criminal case where the record is used. That particular reference to sections 71 and 72, therefore, have nothing to do with the criminal law.

Mr. Ewaschuk goes on to suggest to honourable senators:

[Traduction]

beaucoup d'avantages de ce projet de loi. M. Ewaschuk déclare:

Le projet de loi offre beaucoup à l'inculpé.

Je présume donc que c'est l'impression qu'il a voulu laisser aux sénateurs. Il déclare également:

La disposition peut-être la plus avantageuse pour l'inculpé est le paragraphe 2 de l'article 123 qui limite considérablement les possibilités d'un Tribunal de contre-interroger un inculpé sur son casier judiciaire.

Je vais examiner cet article afin d'aider les honorables sénateurs à voir si le projet de loi impose effectivement des restrictions importantes à cet égard. M. Ewaschuk poursuit:

L'article 91 stipule que le conjoint d'un inculpé peut être contraint de témoigner pour la défense, et non pas seulement autorisé à le faire témoigner comme le stipule la *Loi sur la preuve au Canada* actuellement en vigueur.

Il semble croire que cela représente une amélioration importante pour un inculpé. J'aimerais préciser aux honorables sénateurs qu'en 1903 la Cour suprême du Canada, a établi, dans *Gosselin c. le roi*, 7 *Canadian Criminal Cases*, p. 93, que la possibilité de contraindre quelqu'un à témoigner est liée à sa capacité de le faire; partant, si quelqu'un est apte à témoigner, il peut être contraint à le faire. Aussi, les honorables sénateurs ne doivent pas prendre pour acquis que le projet de loi accorde quelque chose de plus à l'inculpé.

M. Ewaschuk poursuit:

Le fardeau incombera toujours à la Couronne pour déterminer si l'aliénation mentale d'une personne peut l'empêcher de subir un procès. Ce n'est pas le cas actuellement. Le fardeau initial est à la charge de l'inculpé.

Je trouve fortement à redire à cette déclaration et je réfère les honorables sénateurs aux pages 535 et 536 du *Martin's Annual Criminal Code de 1982*. D'après cet ouvrage, le fardeau de la preuve n'incombe pas à l'inculpé. Par conséquent le projet de loi ne contient aucun avantage pour l'inculpé qui ne soit déjà contenu dans la loi actuelle. Un certain nombre d'autorités citées dans *Martin's Criminal Code* pourrait éclairer les honorables sénateurs à ce sujet.

M. Ewaschuk poursuit:

Nous n'accepterons pas qu'une condamnation qui pourrait être recevable en matière civile, comme la reconnaissance d'adultère ou de diffamation, soit utilisée en cas d'appel car cette décision annulerait un jugement rendu par la Cour suprême du Canada à ce sujet.

M. Ewaschuk a commencé par dire qu'il allait démontrer aux honorables sénateurs les avantages dont bénéficie l'inculpé mais il n'a pas dit, à ce moment, que l'accusé ne fait pas l'objet d'une telle plainte; que dans le cas de poursuites civiles, il bénéficie de l'exclusion de ses antécédents criminels. Le fond de la question, c'est que la véritable injustice survient dans une affaire de poursuites criminelles lorsque le casier judiciaire est utilisé. Cette référence particulière aux articles 71 et 72 n'a donc rien à voir avec le droit pénal.

M. Ewaschuk déclare ensuite aux honorables sénateurs:

[Text]

Where someone refreshes his memory from a document out of court, it seems that, at present, there is no discretion to order that it be disclosed to the other side. That will be clarified so that there will be a discretion.

I tell you that that is not the present law in this country. If a witness, before he comes into court, refreshes his memory from a document, that discretion to allow an accused person to see that document at present exists in the court, if the witness says that he refreshed his memory.

The reason I wanted to examine these particular parts of Mr. Ewaschuk's evidence is that if, in those pages, he is trying to suggest to honourable senators that there are new benefits accruing to accused people as a result of this act, then I must strongly disagree with that suggestion. That is simply not the case. I repeat to honourable senators that this act in its entirety must be viewed in the process of a section-by-section analysis, because there are many sections which I clearly approve of and there are many sections which I disapprove of, but not sufficiently to make any submissions on them to honourable senators today. There are several sections that I strongly object to, and they are outlined in the brief. If I may, I will ask honourable senators to look at those sections.

I should like to refer to section 28.

Senator Bosa: Are you referring to section 28 as it appears in the submission?

Mr. Greenspan: Yes, this is part of the submission.

Senator Bosa: I note that section 23 to 32 seem to have been lumped together.

Mr. Greenspan: They have been lumped together under the area of character evidence in a general way, but there is one section with respect to which I think I might be of some specific assistance to you in terms of determining whether or not fairness has been applied to this provision, and to go through the analysis of what was done in section 28. It makes a point that I would like to make for honourable senators and refers to a specific case that I have made copies of.

Senator Donahoe: Could you assist us, Mr. Greenspan, by referring a little more closely to what is already written in your brief?

Mr. Greenspan: Absolutely. What I am about to refer to appears on page 5 of the brief. There you will see a reference to the case of *Regina v. Scopelliti*, 63 CCC at page 481.

Perhaps I could read to honourable senators clause 28 of Bill S-33, which states:

(1) An accused may adduce evidence of a character trait of the complainant where

(a) the trait was known to the accused at the time the offence is alleged to have been committed; or

(b) the evidence would be admissible, if the complainant were a party, under the rule known as the "similar acts" or "similar facts" rule.

The case of *Scopelliti* is important because this provision is a blatant attempt to simply overrule that case. The lack of input

[Traduction]

Lorsqu'un aide-mémoire est utilisé hors la présence du Tribunal, il semble que, à l'heure actuelle, que rien ne permet d'ordonner qu'il soit produit à l'autre partie. Cette lacune sera corrigée.

J'affirme que ce n'est pas l'état actuel du droit dans ce pays. Si un témoin, avant de comparaître, utilise un aide-mémoire, le Tribunal peut, le pouvoir à l'heure actuelle, permettre à l'inculpé de voir le document pourvu que le témoin déclare qu'il s'est servi du document comme aide-mémoire.

Si j'ai voulu examiner ces extraits de la déposition de M. Ewaschuk, c'est qu'il tente de faire accepter aux honorables sénateurs que le projet de loi comporte de nouveaux avantages pour l'accusé, ce que je conteste fermement. Je répète aux honorables sénateurs que cette mesure doit être considérée dans le cadre d'un examen article par article car je suis d'accord avec une bonne partie de ces dispositions alors que j'en désapprouve d'autres, quoique pas suffisamment pour m'amener à faire une déposition à ce sujet aujourd'hui. Il y a plusieurs articles auxquels je m'oppose énergiquement et dont le mémoire fait d'ailleurs état. Si on me permet, je demanderai aux honorables sénateurs d'examiner ces articles.

Je vous réfère d'abord à l'article 28.

Le sénateur Bosa: L'article 28 tel qu'il est rédigé dans le mémoire?

M. Greenspan: Oui, dans cette partie du mémoire.

Le sénateur Bosa: Je note que les articles 23 à 32 sont regroupés.

M. Greenspan: Nous les avons regroupés sous la rubrique générale de la preuve de moralité, mais il y a un article au sujet duquel je pense pouvoir vous aider afin de déterminer s'il est ou non équitable; on pourra ensuite analyser le contenu de l'article 28. Cet article soulève une question que j'aimerais vous exposer et il fait référence à des affaires précises dont j'ai obtenu copies.

Le sénateur Donahoe: Pourriez-vous nous faciliter la tâche, M. Greenspan, en vous référant d'un peu plus près à ce qui est écrit dans votre mémoire?

M. Greenspan: Certainement. Ce à quoi je vais faire référence se trouve à la page 5 du mémoire. Vous y trouverez un renvoi à l'affaire *Régina c. Scopelliti*, 63 CCC, page 481.

Je pourrais peut-être faire lecture de l'article 28 du projet de loi S-33 qui stipule:

(1) L'inculpé peut chercher à établir un élément de la moralité du plaignant dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) il connaissait cet élément au moment où l'infraction aurait été commise;

b) la preuve de cet élément serait recevable, si le plaignant était partie, en vertu de la règle dite des faits ou actes similaires.

L'affaire *Scopelliti* est importante car cet article vise tout bonnement à annuler la règle établie dans cette affaire. L'ab-

[Text]

on the part of a defence counsel to debate this particular issue, in my submission be honourable senators, was unfortunate.

The criminal bar divides itself into crown attorneys and defence counsel. There are unfortunate knee-jerk responses that both sides seem to have to different determinations by various courts. The only healthy debate is when both sides debate with each other, because when one side debates amongst itself, that does not create an atmosphere for real discussion or real debating.

I will not spend a great deal of time on the case of Scopelliti, but having been the trial and appellate counsel, I have spent some time with it. I recently had a case that will show you as well how limiting the rule in *Scopelliti* was, and how the nature of response of those who did not like the rule in *Scopelliti* is wrong.

Scopelliti was a store owner. He testified that in January, 1979, two people, Sutton and McRae, came to his milk store; that one of them put his foot on the chocolate display rack late at night; Scopelliti told him to take his boot off the display rack and he did not; Scopelliti started to get nervous and frightened; Sutton purchased two packages of gumballs; he threw a dime at him and it went on the floor; Scopelliti said he picked the dime off the floor, put it on the counter but did not open the cash register because he was afraid. While he was bending down to pick up the dime, Sutton put the gum in his mouth, chewed it, removed it and threw it is Scopelliti's face. The physical findings at the scene tended to confirm this part of his evidence. Sutton said the gum was no good. Scopelliti said he took the dime from the counter and said, "Take your dime and leave, please, I want to close." He said that Sutton swung with his closed fist at his face but missed when he ducked back. He said he was frightened. He told Sutton to go away and that he was going to call the police. Sutton put his hand in his pocket and at the same time asked Scopelliti for the money. Sutton said he would kill him before he called the police. Scopelliti said he heard the words "son-of-a-bitch" and "bastard" but did not know who said them. When Sutton asked for the money he put out his hand towards the cash register to open it. Scopelliti testified that when Sutton put his hand in his pocket he believed Sutton wanted to steal, rob the place, and in order to do so would kill him. He thought he would kill him and he was very frightened. He grabbed the pistol that he kept under the cash register and he fired it. He said he did not mean to kill either of the deceased, but he believed that if he had not used the gun he was the one who would be dead.

Evidence was attempted to be led, and the trial judge in the Ontario Supreme Court agreed the evidence could be led, that showed specific acts of violence committed by Sutton and McRae together against other citizens at a time proximate to this alleged robbery in Scopelliti's store.

[Traduction]

sence des arguments d'un avocat de la défense au sujet de cette question particulière, dans mon mémoire, est regrettable.

Le barreau des criminalistes est composé de procureurs de la couronne et d'avocats de la défense. Les deux parties semblent malheureusement avoir des arguments instinctifs qui varient selon les décisions des divers tribunaux. La seule véritable façon de procéder consiste pour chaque partie à débattre les arguments de l'autre car lorsque les intéressés d'une partie débattent entre eux, il n'y a pas de véritable débat.

Je ne vais pas m'attarder sur l'affaire Scopelliti, mais ayant agi comme avocat en première instance en appel, j'y ai consacré un certain temps. Je me suis récemment occupé d'une affaire qui vous permettra de voir le caractère limitatif de la règle établie dans *Scopelliti* et à quel point la nature de la réponse de ceux qui s'opposaient à cette règle dans *Scopelliti* est mal fondée.

M. Scopelliti était un propriétaire d'un magasin. Il a indiqué dans son témoignage en janvier 1979 que deux individus, Sutton et McRae, se sont présentés à son magasin tard le soir; l'un d'eux a posé son pied sur les rayons des tablettes de chocolat; M. Scopelliti lui a dit de retirer son pied, mais l'autre a refusé; Scopelliti est alors devenu nerveux et apeuré; Sutton a acheté deux paquets de gomme à mâcher; il a lancé une pièce de dix cents au marchand, mais elle est tombée sur la plancher; Scopelliti a déclaré avoir ramassé la pièce de monnaie, l'avoir déposée sur le comptoir, mais ne pas avoir ouvert la caisse car il avait peur. Alors qu'il se penchait pour ramasser la pièce de monnaie, Sutton a mis la gomme dans sa bouche, il l'a mâchée, l'a retirée et l'a lancée au visage de M. Scopelliti. Les vérifications effectuées sur les lieux de la scène tendaient à confirmer cette partie du témoignage. Sutton prétendit que la gomme n'était pas bonne. Scopelliti affirme avoir pris la pièce de monnaie sur le comptoir et déclaré: «Prenez votre dix cents et partez, je vous en prie, je vais fermer.» M. Scopelliti affirme que Sutton a voulu lui porter un coup de poing au visage mais qu'il a évité le coup en reculant. Il affirme qu'il avait peur. M. Scopelliti affirme avoir dit à Sutton de partir car sinon il appellerait la police. Sutton a mis la main dans sa poche et au même moment a demandé à Scopelliti de lui remettre l'argent. Sutton lui a dit qu'il le tuerait avant qu'il puisse appeler la police. M. Scopelliti affirme avoir entendu les mots «enfant de chienne» et «bâtard», mais il ne peut préciser qui les a prononcés. Lorsque Sutton a demandé l'argent, il a porté ses mains vers la caisse pour l'ouvrir. M. Scopelliti a déclaré que lorsque Sutton a mis ses mains dans sa poche, il croyait qu'il voulait commettre un cambriolage et qu'il avait l'intention de le tuer. Il croyait que l'autre voulait le tuer et il avait très peur. M. Scopelliti a donc saisi l'arme qu'il gardait sous la caisse et il a fait feu. Il a affirmé qu'il n'avait pas l'intention de tuer l'un ou l'autre des décédés, mais qu'il croyait que s'il n'utilisait pas l'arme, c'est lui qui serait tué.

On a présenté ces faits au tribunal et le juge de première instance de la Cour suprême de l'Ontario les a jugés recevables puisqu'ils démontraient qu'il y avait eu des actes de violence précis commis conjointement par Sutton et McRae contre d'autres citoyens au moment où un vol présumé était commis dans le magasin de M. Scopelliti.

[Text]

The first incident concerned a Mr. Keith Henderson. Mr. Keith Henderson himself testified that he was driving his car to work and as he attempted to pass a half-ton truck the driver of the truck began to brake and then accelerate so as to prevent him from returning to the proper lane for traffic. When he was finally able to pull behind the truck the driver, David Sutton, stopped the truck in the middle of the road and walked back to Henderson's car. Sutton called Henderson a son-of-a-bitch and accused him of cutting him off. McRae walked over and punched Henderson in the side of the face. Henderson drove away quickly, and Sutton and McRae followed him in their vehicle to his place of employment. When Henderson drove into the parking lot of his place of employment Sutton got out of the truck, accused Henderson of cutting him off and punched him in the face twice. Henderson said that he was frightened, and that prior to this incident he did not know either Sutton or McRae.

Next is the Litster incident. Braden Litster testified that on the evening of April 30, 1978, he and his fiancée were returning from Gravenhurst to Orillia in his car. He testified that a car drove close behind him and began honking the horn. The four occupants of the car, two of whom were Sutton and McRae, were yelling and screaming. When the car got ahead of Litster's vehicle the driver slammed on the brakes, got out of the car and began to walk back to Litster's vehicle. Litster decided to go to the police, and as he drove through the town the other vehicle followed closely behind him. They were both frightened. Twice when the other vehicle was close to their car, one of the boys opened the right passenger door of the vehicle, stood on the runningboard, holding on to the inside of the vehicle. Litster drove to the front of the police station and the other car followed. Two persons jumped out and tried to open the doors of Litster's car. They believed the two men were Sutton and McRae. Litster then drove to the back of the police station and reported the incident. On two subsequent occasions, Sutton, riding a motorcycle, followed him through town, although there was no chase. A charge was laid against Sutton for the purpose of requiring him to enter into a recognizance to keep the peace.

The third incident concerns Brian Barnes. Brian Barnes knew Sutton from school and had seen him with McRae, but otherwise did not know McRae. He testified that in December, 1978, he was walking along the street with his girl-friend when Sutton and McRae jumped out of a car and pinned him against a wall. Sutton said, "I don't like the looks of you," and then hit Barnes four or five times in the face and the arm. McRae stood by during the entire episode. Barnes said he had done nothing to provoke the incident, and, although he was very frightened, he did not report the incident to the police.

These incidents occurred within six months of the shooting of Sutton and McRae. The question of the admissibility of these incidents for a very limited purpose, to assist the trier of fact in determining the probability of who was the actual

[Traduction]

Le premier incident impliquait un certain M. Keith Henderson. M. Henderson a lui-même dit dans son témoignage qu'il se rendait au travail en voiture et qu'au moment où il dépassait un camion d'une demi-tonne, le conducteur du camion s'est mis à freiner et à accélérer pour l'empêcher de revenir dans la bonne voie de circulation. Lorsqu'enfin, il a pu se replacer derrière le camion, le conducteur, David Sutton, a arrêté le camion au beau milieu de la route et s'est dirigé à pied vers la voiture. Sutton a traité Henderson de tous les noms et l'a accusé de lui avoir coupé la route. McRae s'est alors approché et a frappé Henderson à la machoire. Celui-ci a alors appuyé sur l'accélérateur et déguerpi et Sutton et McRae l'ont suivi dans leur camion jusqu'à son lieu de travail. Une fois arrivé, lorsque Henderson est entré dans le stationnement, Sutton est sorti de son camion, l'a accusé de lui avoir coupé la route et l'a frappé deux fois au visage. Henderson a dit qu'il était effrayé et qu'avant cet incident, il n'avait jamais vu ni Sutton ni McRae.

Ensuite, il y a l'incident Litster. Braden Litster a affirmé dans son témoignage que dans la soirée du 30 avril 1978, lui et sa fiancée revenaient en voiture de Gravenhurst à Orillia. Il a dit qu'une voiture qui le suivait s'est approchée de la sienne et que le conducteur s'est mis à klaxonner. Les quatre occupants de la voiture, dont Sutton et McRae, criaient et hurlaient. Lorsque leur voiture a dépassé celle de Litster, le conducteur a brusquement freiné, est sorti de la voiture et s'est approché de celle de Litster. Ce dernier a décidé d'aller demander l'aide de la police et lorsqu'il a traversé la ville, l'autre véhicule le suivait de très près. Lui et sa fiancées étaient effrayés. À deux reprises, lorsque l'autre véhicule était près du sien, l'un des occupants a ouvert la portière du côté droit de la voiture et s'est tenu debout sur le marchepied en se retenant d'une main à l'intérieur de la voiture. Litster a arrêté sa voiture devant le poste de police, l'autre voiture le suivant toujours. Deux des occupants de cette dernière se sont précipités sur la voiture de Litster et ont essayé d'en ouvrir les portières. Selon les témoins, il s'agissait de Sutton et McRae. Litster a alors conduit sa voiture à l'arrière du poste de police et a fait rapport de l'incident. À deux reprises par la suite, Sutton l'a suivi à motocyclette dans les rues de la ville, mais ne lui a pas fait la chasse. Une accusation a été portée contre Sutton afin de l'obliger à s'engager à ne plus troubler l'ordre public.

Le troisième incident concerne Brian Barnes. Celui-ci avait connu Sutton à l'école et l'avait vu en compagnie de McRae, mais il ne connaissait pas McRae. Il a affirmé dans son témoignage qu'en décembre 1978, il faisait une promenade avec sa petite amie lorsque Sutton et McRae ont surgi d'une voiture, lui ont plaqué le dos contre un mur et l'y ont maintenu. Sutton aurait dit «Ta figure ne me revient pas», et il aurait frappé Barnes quatre ou cinq fois au visage et à un bras. Pendant tout ce temps, McRae se tenait tout près. Barnes a dit qu'il n'avait rien fait pour provoquer l'incident et que bien qu'il ait eu très peur, il n'a pas fait de rapport à la police.

Ces incidents sont survenus dans les six mois qui ont précédé la fusillade où Sutton et McRae ont trouvé la mort. Le juge du fond a permis qu'on conteste la recevabilité de ces incidents comme preuves parce qu'ils ne servaient qu'à aider le juge des

[Text]

aggressor, was permitted by the trial judge. The Ontario Court of Appeal in dealing with this question said:

It is not a condition of the admissibility of previous acts of violence by the deceased, where self-defence is an issue, that the proffered evidence meet the test for the introduction of similar fact evidence against an accused. Evidence of prior acts of bad conduct of an accused which has no probative value other than to permit an inference that the accused is a person who by reason of his criminal conduct or character is likely to have committed the offence charged is excluded by a rule of policy. Thus, the admission of similar fact evidence against an accused is exceptional, being allowed only if it has substantial probative value on some issue, otherwise than as proof of propensity . . . No such policy rule operates to exclude evidence of propensity with respect to a person other than the accused where that person's propensity to act in a particular way is relevant to an issue in the case.

I agree, of course, that evidence of previous acts of violence by the deceased, not known to the accused, must be confined to evidence of previous acts of violence which may legitimately and reasonably assist the jury in arriving at a just verdict with respect to the accused's claim of self-defence.

That means you do not put in incidents that a deceased had a fight with somebody. They must be very special acts of specific violence:

To exclude, however, evidence offered by the accused which is relevant to prove his innocence would not, in my view, be in the interest of justice.

Since evidence of prior acts of violence by the deceased is likely to arouse feelings of hostility against the deceased, there must inevitably be some element of discretion in the determination whether the proffered evidence has sufficient probative value for the purpose for which it is tendered to justify its admission. Moreover, great care must be taken to ensure that such evidence, if admitted, is not misused.

In the present case, the impugned evidence discloses serious acts of unprovoked violence and intimidation by both the deceased, acting together, on three occasions which were reasonably proximate in time to the occurrence in question, and, in my view, such evidence had significant probative value on the issue whether the deceased attacked the respondent in the manner that he alleged on the occasion in question.

Although none of the previous acts of violence were life-threatening, they could support an inference that the deceased had a propensity for violence of a kind likely to result in conduct of a kind that might cause a victim of such violence to consider that it was life-threatening.

[Traduction]

faits à découvrir qui était l'agresseur. À cet égard, la Cour d'appel de l'Ontario a dit ceci:

Dans les cas de légitime défense, il n'est pas nécessaire, pour que les actes antérieurs de violence du défunt soient recevables comme preuve, que les témoignages rendus soient considérés comme recevables pour la production d'autres preuves de fait similaires contre un inculpé. Les preuves d'actes antérieurs d'inconduite de la part d'un inculpé qui n'ont aucune valeur probante si ce n'est qu'elles permettent de présumer que l'inculpé, en raison de son comportement ou de son tempérament criminel, est susceptible d'avoir commis l'acte criminel dont on l'accuse, sont exclues en vertu d'une règle de politique. Ainsi, il est exceptionnel qu'une preuve de fait similaire contre un inculpé soit recevable puisqu'elle ne peut l'être que si elle a une grande valeur probante à un certain égard et à un titre autre que comme preuve d'une tendance . . . Aucune règle de politique n'a pour effet d'exclure la preuve d'une tendance à l'égard d'une personne autre que l'inculpé lorsque cette tendance de ladite personne à agir d'une manière donnée est pertinente à la cause.

J'admets évidemment que la preuve d'actes antérieures de violence de la part du défunt, actes inconnus de l'inculpé, doit être légitimement et raisonnablement susceptible d'aider les jurés à prononcer un verdict juste à l'égard de la prétention de l'inculpé à la légitime défense.

Cela exclut les incidents au cours desquels le défunt s'est querellé ou battu avec quelqu'un. Il doit s'agir d'actes de violence précis et d'un genre très spécial. Le juge poursuit:

Par contre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice, à mon avis, d'exclure une preuve que l'inculpé produirait et qui tendrait à prouver son innocence.

Étant donné que la preuve d'actes antérieurs de violence de la part du défunt est de nature à inspirer des sentiments d'hostilité à son endroit, il doit forcément exister un élément de discrétion lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoignage rendu a une valeur probante suffisante, aux fins auxquelles il a été rendu, pour en justifier la recevabilité. En outre, il faut faire en sorte que ce témoignage, s'il est jugé recevable, ne serve pas à des fins indues.

Dans le cas qui nous occupe, les témoignages rendus révèlent que les deux défunts, agissant de concert, ont commis des actes graves et non provoqués de violence et d'intimidation en trois occasions assez proches dans le temps du moment où ils ont été abattus, et à mon avis, ces témoignages ont eu une valeur probante considérable lorsqu'il s'est agi de savoir si les défunts avaient attaqué le répondant de la façon dont il a prétendu avoir été attaqué au moment où il les a abattus.

Bien qu'aucun des actes antérieurs de violence des défunts n'aient représenté une menace pour la vie d'autrui, ils étaient de nature à permettre de présumer que les défunts avaient une tendance à un type de violence susceptible de susciter chez eux un comportement propre à

[Text]

I would ask you to take a look at the last important paragraph of this judgment. What I have read to you is at page 496 of the case.

I now want to read to you from page 498, about half-way down the page:

The learned trial Judge was clearly right in stating that the respondent (Scopelliti) having introduced evidence that the deceased were of violent disposition, the Crown was entitled to refute this evidence by calling evidence that the deceased were of peaceable disposition.

In other words, the moment an accused leads evidence of bad character of the deceased, whether he knows it or does not know it, the Crown can lead evidence of the peaceable disposition:

Moreover, the respondent having introduced evidence that he was a person of peaceable character it was also open to the Crown to call evidence to rebut such evidence of peaceable character.

Of Scopelliti:

I would wish, however, to guard myself against being taken to hold that, even if the respondent had not adduced evidence of his peaceable character, it would not have been open to the Crown, to adduce evidence in reply with respect to the respondent's disposition for violence, if such were the case, as the trial Judge's reasons seem to imply.

What he is saying there is that, even if the accused does not put his character at issue, if you put the deceased's character in issue that may very well open the door for the Crown to lead evidence of the accused's disposition. In other words, if you are going to let it in for the accused against the deceased you must let it in for the Crown against the accused. The Crown attorneys were upset by that rule, as if somehow the floodgates were going to open and hordes of criminals were going to be freed.

I recently had a trial in which I had evidence in a murder case, in which the plea was self-defence, that the deceased was a person of violent disposition. Unfortunately so was my client. My client had committed acts of like disposition that would have been admissible, clearly, had I led evidence of the violent disposition of the deceased. So despite Scopelliti I did not lead that evidence. No sensible defence counsel would lead evidence of this nature if it means that by doing so you completely open the door. This is a limitative rule. This applies to those very few accused, the Scopellitis, who themselves have had a lifetime of peaceable disposition, who get into a situation where the evidence, in its limited value, of the deceased's propensity, can be of assistance to the trier of fact as to the probability as to who is the aggressor.

[Traduction]

faire croire aux victimes de cette violence que leurs vies étaient menacées.

Je vous demanderais de lire le dernier paragraphe important de ce jugement. Les passages que j'ai lus sont à la page 496 du compte rendu du procès.

Je vais maintenant vous lire un extrait qui se trouve à peu près au milieu de la page 498. On peut lire ceci:

L'éminent juge du fond avait parfaitement raison lorsqu'il a déclaré que le répondant (Scopelliti), ayant produit une preuve que les défunts avaient une tendance à la violence, la Couronne était en droit de réfuter cette preuve en produisant des preuves établissant que les défunts étaient d'une nature paisible.

En d'autres termes, dès que l'inculpé a produit une preuve de la nature violente du défunt, qu'il l'ait ou non connue, la Couronne pouvait produire une preuve de sa nature paisible:

En outre, le répondant ayant prouvé qu'il était une personne d'une nature paisible, la Couronne avait également le loisir de produire une preuve tendant à réfuter cette preuve.

Au sujet de Scopelliti, le juge a dit ceci:

Je dois cependant me garder de donner à penser que, même si le répondant n'avait pas produit une preuve de sa nature paisible, la Couronne n'aurait pas été autorisée à produire une preuve tendant à démontrer une disposition à la violence chez le répondant, si tel avait été le cas, comme les raisons invoquées par le juge du fond semblent l'impliquer.

En fait, le juge dit ici que, même si l'inculpé ne met pas lui-même en cause sa propre moralité, si on soulève la question de la moralité du défunt, cela peut très bien suffire à permettre à la Couronne de produire une preuve de la moralité de l'inculpé. En d'autres termes, si ce genre de preuve était recevable en faveur de l'inculpé contre le défunt, il l'était également en faveur de la Couronne contre l'inculpé. Les procureurs de la Couronne ont été choqués par cette règle, comme si les portes des pénitenciers allaient s'ouvrir toutes grandes et des hordes de criminels être libérées.

Lors d'un procès récent pour meurtre, dans lequel on plaidait la légitime défense, j'avais une preuve que la victime était une personne prédisposée à la violence. Malheureusement, c'était également le cas de mon client. Il avait commis des actes démontrant une disposition similaire et ces actes auraient été recevables comme preuves contre lui si j'avais tenté de prouver la disposition du défunt à la violence. Ainsi, en dépit du cas Scopelliti, je n'ai pas présenté cette preuve. Aucun avocat de la défense, s'il a tout son bon sens, ne présentera une preuve de cette nature si en le faisant, il permet à la partie adverse de présenter des preuves du même ordre contre son client. C'est une règle restrictive. Elle s'applique aux très rares prévenus qui, comme Scopelliti, ont toujours mené une existence paisible, mais qui se retrouvent dans une situation où la preuve, d'une valeur assez limitée, de la tendance du défunt à la violence peut aider le juge des faits à déterminer qui a été l'agresseur.

[Text]

Clause 28 eliminates Scopelliti. Its purpose is to overrule statutorily, in this Uniform Evidence Act, the case of Scopelliti—of that there is no doubt—because it says in clause 28:

An accused may adduce evidence of a character trait of the complainant where

(a) the trait was known to the accused . . .

And in Scopelliti the trait was not known to him. Those episodes were not known to him, and that is important. It is important to understand the impact of clause 28. It is to rule forever inadmissible the Scopelliti case. Let us make no mistake about that. It has always been the law that if the trait was known to the accused, then it was admissible. So I want to bring that case to your attention—I am sorry that I took so long—to show you that there is a specific attempt there to overrule the Scopelliti case, and the clause achieves its purpose.

Senator Nurgitz: Clause 28(1)(a) says:

. . . evidence of a character trait of the complainant where

(a) the trait was known to the accused at the time of offence is alleged to have been committed;

Looking at the Scopelliti case, at the time of the offence, when he pulls the trigger, that trait is known, is it not?

Mr. Greenspan: No. If you take a look at—

Senator Nurgitz: The incidents are not known, but surely the trait is known: the violent nature of the throwing of gum, the foot on the candy bar rack, and so on.

Mr. Greenspan: If you look at *Wigmore on evidence* or *McCormick on evidence*, they make the distinction between traits known by the accused as opposed to traits unknown by the accused.

The Chairman: Or suspected?

Mr. Greenspan: They do not include the actual episode itself. The actual episode itself does not open the door for evidence to be led of specific acts of violence by the deceased not known to the accused.

Senator Nurgitz: You are saying that under clause 28 of Bill S-33 the only evidence you could have adduced would have been, for example, if a third party, or perhaps a fourth party, had viewed through the window, as an example, the foot on the candy rack, the throwing of the gum, the abuse or rough nature of the two complainants.

Mr. Greenspan: But it would not open the door for these other incidents that I have brought to your attention. I have now lived through the experience of two such situations—the Scopelliti case which I have outlined; and the subsequent case. The fact of the matter is—and this comes back to my own

[Traduction]

L'article 28 élimine la cause Scopelliti. Son objet est d'annuler légalement, en vertu de la Loi uniforme sur la preuve, la cause Scopelliti. Cela ne fait aucun doute parce que l'article 28 prévoit ceci:

L'inculpé peut chercher à établir un élément de la moralité du plaignant dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(a) il connaissait cet élément . . .

Et dans l'affaire Scopelliti, l'inculpé ignorait cet élément. Il ne faut pas oublier qu'il n'était pas au courant des épisodes antérieurs. Il importe de comprendre la portée de l'article 28 en ce sens qu'il écarte définitivement la recevabilité de la preuve dans l'affaire Scopelliti. Il ne faudrait pas se méprendre sur ce point. Les éléments de moralité ont toujours été considérés comme recevables lorsqu'ils étaient connus de l'inculpé au moment de l'infraction. Si j'ai voulu vous signaler cette affaire, et je tiens à m'excuser de la longueur de mon exposé, c'est pour vous démontrer que des efforts ont manifestement été déployés en vue de rejeter l'affaire Scopelliti, et que c'est là l'objet visé par cet article.

Le sénateur Nurgitz: L'alinéa 28(1)(a) se lit comme suit:

. . . un élément de la moralité du plaignant dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(a) il (l'inculpé) connaissait cet élément au moment où l'infraction aurait été commise;

Si nous examinons l'affaire Scopelliti, au moment de l'infraction, c'est-à-dire au moment où il a appuyé sur la détente, cet élément n'était-il pas connu?

M. Greenspan: Non. Si nous prenons . . .

Le sénateur Nurgitz: Les incidents n'étaient peut-être pas connus, mais cet élément l'était certainement: la nature violente de cet acte de fronder son chewing-gum, le pied posé sur l'étalage de friandises, et ainsi de suite.

M. Greenspan: Si nous nous référons à *Wigmore* ou à *McCormick*, tous les deux établissent une distinction entre les éléments connus et inconnus de l'inculpé.

Le président: Ou soupçonnés?

M. Greenspan: Le moment même de l'épisode comment tel n'entre pas en ligne de compte. Les circonstances de l'épisode ne permettent d'établir aucune preuve quant à certains actes de violence perpétrés par la victime à l'insu de l'inculpé.

Le sénateur Nurgitz: En d'autres termes, l'article 28 du projet de loi S-33 prévoirait uniquement la recevabilité de la preuve si, par exemple, une tierce partie ou peut-être même une autre personne encore avait pu apercevoir la scène à travers la vitrine, par exemple, le pied sur l'étalage de friandises, le chewing-gum, l'attitude abusive ou brutale des deux plaignants.

M. Greenspan: Cela ne permettrait pas d'ouvrir une porte pour les autres incidents que je viens de vous signaler. J'ai déjà vécu l'expérience à deux reprises, d'abord dans l'affaire Scopelliti, puis en tentant de l'appliquer dans une affaire subséquente. En vérité, et j'en reviens à mes propres observations,

[Text]

remarks—that hordes of criminals do not go free simply because you have a fair rule that might assist triers of the fact. The fact remains that it is a very limitative rule and can only apply to the Scopellitis of this country, and they are very few in number, believe me. In most cases I have had where self-defence was the defence, my client has had propensities for violence, and the decision I have made in all of those cases is that you do not bring it all out.

Senator Nurgitz: You don't open the door.

Mr. Greenspan: You don't open the door, because that door will close on your client.

Senator Deschatelets: Does the drafting of clause 28 reflect the discussion which took place at the conference you attended? Did you have occasion to express those views at the time?

Mr. Greenspan: I am looking to see whether or not I raised this. No, I did not. As I said before, I had over 40 objections that I wanted to raise. My time was quite limited. I could not take the day. I chose five areas. This was not one of the areas that I chose, even though I consider it an important one. I considered my 40 objections to be important, but I could not take the day. You must remember that every province was represented. The Yukon was represented. Everyone got to make submissions, as did the federal government. So I think I occupied no more than 45 minutes of the meeting.

Senator Deschatelets: I understand that the views you are expressing this morning, particularly those dealing with clause 28, are shared by the Advocates' Society.

Mr. Greenspan: You will see it at pages 5 and 6 of the Advocates' Society's brief. When I come to express views about the bill, as I said at the outset, I will limit myself solely to my mandate. My mandate is to appear on behalf of the society. At voted clause by clause as to what recommendations it would make to you. So on that basis I will not go beyond the scope of my mandate or comment on its behalf on anything that is not in this paper.

Senator Nurgitz: Madam Chairman, I have a simple comment to make. You did not say so, Mr. Greenspan, but I assume that you are asking us to conclude that inasmuch as the bill brings about some benefit to an accused person, I guess the converse does apply, that there are disadvantages.

Mr. Greenspan: There are disadvantages, but, again, as I have said, there are many clauses that I clearly approve of. The accused is not dealt any negative blows outside of what I think the Advocates' Society is recommending to you. I want to make it very clear—in terms of my support of codification; and you will see by the submissions that are being made that this is a very large bill with many clauses—that our objections are not to very many of the clauses. However, this particular

[Traduction]

l'application d'une règle juste et équitable à l'égard des plaideurs n'a pas nécessairement pour effet de laisser en liberté des hordes de criminels. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une disposition très restreinte qui ne s'applique qu'aux Scopelliti de ce pays qui, prenez-en ma parole, sont très rares. Dans mon expérience des cas de légitime défense, la plupart de mes clients avaient fait preuve de tendances naturelles à la violence, et j'avais tout simplement décidé, dans ce genre d'affaire, de ne pas trop exploiter ce trait de caractère.

Le sénateur Nurgitz: Vous ne tentez jamais de vous laisser une porte ouverte?

M. Greenspan: Non, puisque cette porte risque de se refermer au nez de votre client.

Le sénateur Deschatelets: L'article 28 du projet de loi tient-il compte de la discussion qui a eu lieu au cours de la conférence à laquelle vous avez participé? Avez-vous eu, à l'époque, l'occasion d'exposer ces considérations?

M. Greenspan: J'essaie de voir si oui ou non j'ai pu en parler. Non, je ne l'ai pas fait. Comme je l'ai mentionné, j'avais quelques 40 objections à formuler en très peu de temps. Je ne pouvais m'approprier de toute la journée. J'ai donc choisi cinq secteurs particuliers et j'ai dû laisser tomber la question qui nous intéresse actuellement, encore que je la considère importante. En fait, mes 40 objections étaient également importantes, mais je ne disposais pas de toute la journée. Il ne faut pas oublier que chaque province était représentée à cette conférence. Le Yukon y était également représenté. Tout le monde a eu l'occasion de faire sa petite présentation, au même titre que le gouvernement fédéral. Je n'ai donc pu monopoliser plus de 45 minutes de la réunion.

Le sénateur Deschatelets: Je crois savoir que les opinions que vous nous exposez ce matin, particulièrement en ce qui concerne l'article 28, sont également partagées par l'Advocates' Society.

M. Greenspan: Elles figurent en pages 5 et 6 du mémoire de l'Advocates' Society. Plutôt que de vous exposer mon opinion sur le projet de loi, comme je l'ai dit dès le départ, je m'en tiendrai strictement à ma mission, c'est-à-dire celle de représenter la Société. Ces recommandations ont été pesées article par article. Je ne me permettrai donc pas de commenter, au nom de la Société, certaines questions qui n'ont pas été traitées dans son mémoire.

Le sénateur Nurgitz: Madame le président, je voudrais formuler une simple observation. Monsieur Greenspan, sans que vous ne l'ayez précisé, je présume que vous voulez nous amener à conclure que, dans la mesure où le projet de loi avantage l'inculpé, et je crois que l'inverse est également vrai, il comporte également certains désavantages.

M. Greenspan: En effet, mais encore une fois, bon nombre des articles proposés me semble nettement acceptables. À l'exception des dispositions signalées par l'Advocates' Society les mesures prises à l'égard de l'inculpé semblent raisonnables. Je voudrais qu'il soit très clair, en ce qui a trait à mon appui de la codification, et vous pourrez le constater à la lumière des propositions qui vous sont faites, qu'il s'agit d'un projet de loi très considérable, comportant de nombreux articles, et que nos

[Text]

clause, I feel, is unwarranted and even unprincipled, as an exclusionary rule of the Scopelliti principle. There is no logic for its exclusion as a matter of fairness. That is the only comment I want to make on clause 28.

Senator Donahoe: Do you consider this proposed act a codification, a code? We had a strenuous argument as to whether this proposed evidence act, now before us, is, in fact, a codification of the law. We have a contention that as well as attempting to set down in general the present body of the common law with respect to evidence, it goes further in some instances and presumes to improve upon that law, or at least to alter it. We had a rather interesting discussion as to whether it was, in fact, an evidence act or a code. We were governed by the fact the code produced by the Uniformity commissioners was, in fact, rejected and that since what we are now considering came forward at a later date it is, presumably, not the same as the thing which had been rejected. That which had been rejected was a code and therefore this was not a code. I think that expresses pretty well the kind of argument we had. However, you have been referring to this act as if it were a code.

Mr. Greenspan: In many areas it attempts to close off what we would understand as the free growth of the common law. In a number of areas, as I said at the outset as well, even if you were to have a code, it does not in any way negate the growth of the law, because there will be interpretations of any code. So I am not sure whether or not even that debate is necessarily conclusive of what it is we are trying to achieve here. I am—and I guess I should make it clear considering the reservations that are throughout our submissions to you—generally in favour of the act. I have very strong objections to certain aspects because I feel that under analysis they do not come out having passed what I call the litmus test of fairness. But, in large measure, there is a good deal of work that has been done here that is profitable for the law generally. I did not come here to say that this legislation ought to be rejected by you in its entirety.

Senator Nurgitz: On that basis can we conclude that with regard to those matters relating to the criminal law—because, as you know, there are a whole raft of other things and we have had representations from others on them—other than those matters raised in your brief, you generally approve of the principles of the bill?

Mr. Greenspan: There is general approval by the Advocates' Society. But by saying that, I do not want to minimize the seriousness of some of the problems that lie in the bill. They have hit at some fundamental areas and have done, I think, serious harm to a defendant's rights. Those you will see in the clauses to which we object.

Senator Nurgitz: But that is my point. Of those to which you do not specifically object, there is general approval?

[Traduction]

objections ne portent que sur un nombre restreint de dispositions. Cependant, je suis d'avis que la présente disposition est injustifiée et j'irais jusqu'à dire outrageante, comme mesure d'exclusion du principe Scopelliti. En toute équité, cette mesure n'est pas logique. C'est la seule observation que je tiens à formuler à l'égard de l'article 28.

Le sénateur Donahoe: Considérez-vous vraiment cette loi comme une codification, un code? Nous avons sérieusement débattu la question de savoir si cette Loi sur la preuve, que nous avons devant nous, constitue, dans la pratique, une codification de la loi. Nous soutenons que, tout en tentant de structurer de façon générale les bases actuelles de la Common law, en ce qui a trait à la preuve, le projet de loi tente dans certains cas d'améliorer la loi, ou du moins de la modifier. Nous avons eu une discussion fort intéressante quant à la nature de cette réglementation, à savoir s'il s'agissait d'une loi ou d'un code. Compte tenu du fait que le code produit par les responsables de l'uniformisation avaient, en fait, été rejeté, nous avons présumé que le texte réglementaire qui nous intéresse actuellement, ayant été présenté à une date ultérieure, serait de nature différente. Le code présenté avait été rejeté et, par conséquent, il ne pouvait s'agir d'un nouveau code. Je crois que cela résume assez bien la discussion que nous avons eu à cet égard. Cependant, vous parlez de cette loi comme s'il s'agissait d'un code.

M. Greenspan: A plusieurs égards, cette loi tente de resserrer ce que nous percevons comme étant la libre croissance de la Common law. Dans certains domaines, comme je l'ai déjà mentionné, la promulgation d'un code n'aurait pas pour effet d'interrompre l'évolution de la loi, puisqu'il y aurait toujours place à interprétation. Je ne saurais donc vous dire si ce débat s'est véritablement révélé concluant par rapport à ce que nous tentons d'accomplir ici. Je dois préciser que je tiens compte des réserves qui ont été émises dans notre mémoire, généralement en faveur de la loi. Je m'oppose fortement à certains aspects de cette loi puisque je considère qu'ils n'ont pas fait le poids lors de l'analyse et qu'ils n'ont pas, à mon avis, passé le test de l'équité. Par contre, dans l'ensemble, des progrès considérables ont été réalisés dans le contexte juridique en général. Je ne suis pas venu ici dans l'idée de prôner le rejet systématique de cette loi.

Le sénateur Nurgitz: Pouvons-nous donc conclure, en ce qui a trait aux questions de droit criminel, puisque, comme vous le savez sans doute, il s'agit d'un des multiples domaines sur lequel nous avons entendu des présentations, pouvons-nous conclure, donc, qu'à part les points soulevés dans votre mémoire, vous approuvez, de façon générale, le principe du projet de loi?

M. Greenspan: De façon générale, l'Advocates' Society approuve ce projet de loi. Toutefois, je ne voudrais pas minimiser l'importance des problèmes qu'il comporte. Il s'attaque à certaines questions fondamentales et a pour effet, à mon avis, de léser gravement les droits des accusés. Vous pourrez le constater à l'étude des articles auxquels nous nous opposons.

Le sénateur Nurgitz: Mais justement, les dispositions à l'égard desquelles vous n'avez formulé aucune objection précise ont-elles approuvées de façon générale?

[Text]

Mr. Greenspan: Absolute approval. As I said, the disapproval is not considered to be sufficient to raise it with you.

Senator Nurgitz: Fine.

Mr. Greenspan: In other words, I can see that I will not have an act that will have every section that I want. For instance, Ed Tollefson had a great impact on my coming round on the issue of corroboration. He personally persuaded me that the logic of my position of maintaining corroboration in all areas—and this was well before the Supreme Court of Canada at the time in the form of the Vetrovec case—was not one that could be maintained as a matter of logic, although we still have some specific objections and I shall later deal with them.

Let us look at the submissions that we have made. I do not know whether you wish me to simply go through the brief on a clause-by-clause analysis as I do not know your time schedule. Perhaps it would be better if you pointed out specific clauses, as you have the brief of the Society before you.

The Chairman: Perhaps I should ask for the guidance of the committee.

Senator Deschatelets: This is a very serious presentation. I am wondering whether the witness could come back at a later date because I would like to go into it in more detail.

The Chairman: I think everyone on the committee would be delighted to have Mr. Greenspan return. However, he is a busy man and I don't know whether we would be able to impose on him to find the time to come back again.

Mr. Greenspan: If the Senate can find time, I can find time.

The Chairman: That is very kind. Perhaps we could go for another fifteen minutes and hit the points which the committee would like to have clarified today and then we will arrange to invite Mr. Greenspan back when it is convenient for him.

Senator Deschatelets: This presentation comes from a very interested society and it is very serious and worthy of attention. If we had an opportunity to go through it before Mr. Greenspan returns, I think it would be valuable.

Mr. Greenspan: Before you begin your questions, there are many points that, unfortunately, did not find their way into the brief, because I did not have the opportunity of reading the hearings until after the brief was prepared. However, I would like to refer you to page 12 and our objection to clause 64. This point has been made to you before and deals with whether or not on the question of the "voluntariness" of a statement or confession by an accused the burden should fall on the prosecution to prove it beyond a reasonable doubt. As I say, reasonable men differ on whether it should be beyond a reasonable doubt or whether it should be based on the balance of probabilities. You have been referred on more than one occasion to Mr. Justice Kauffman and you have also been referred to a fact that is not in my brief but that I think you

[Traduction]

M. Greenspan: Elles ont fait l'objet d'un consensus unanime. Comme je l'ai déjà dit, une simple désapprobation ne représenterait pas une raison suffisante pour vous exposer la question.

Le sénateur Nurgitz: Entendu.

M. Greenspan: En d'autres termes, je sais que je ne peux imposer mon point de vue personnel à l'égard de chaque article que je voudrais voir inclure dans la loi. Par exemple, Ed Tollefson m'a fortement influencé sur la question de la corroboration. Il m'a personnellement convaincu que mon point de vue sur le maintien de la corroboration dans tous les secteurs, question qui était débattue depuis un certain temps devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire Vetrovec, ne pouvait, en toute logique, être défendable, en dépit des certaines objections précises qui, à mon avis, tiennent toujours et dont je devrai m'accommoder.

Examinons un peu les propositions que nous avons soumises. Je ne sais pas si vous souhaitez que nous examinions le mémoire article par article ni de combien de temps vous disposez. Vous devriez peut-être prendre des articles précis, puisque vous avez le mémoire de la Société devant vous.

Le président: Je vais demander l'avis du comité.

Le sénateur Deschatelets: Ce mémoire est très bien documenté. Je me demande si le témoin pourrait revenir à une date ultérieure pour que nous puissions entrer un peu plus dans le détail.

Le président: Je crois que tous les membres du comité seraient ravis de revoir M. Greenspan. Toutefois, il est très occupé et je ne sais pas si nous serons en mesure de lui imposer de trouver le temps de revenir nous voir.

M. Greenspan: Si le Sénat peut trouver du temps, je peux en trouver moi aussi.

Le président: C'est très aimable à vous. Peut-être pourrions-nous nous attarder un autre quart d'heure sur les points que le comité souhaite se faire expliquer aujourd'hui, puis nous inviterons M. Greenspan à venir témoigner de nouveau à une date qui lui conviendra.

Le sénateur Deschatelets: Ce mémoire vient d'un organisme très intéressé, il est très documenté et vaut la peine qu'on s'y attarde. Nous aurions sans doute avantage à l'étudier en entier avant le retour de M. Greenspan.

M. Greenspan: Avant que vous ne commenciez à poser vos questions, je vous signale que de nombreux points n'ont malheureusement pas été traités dans le mémoire, parce que je n'ai pas eu l'occasion de lire le compte rendu des audiences avant de le rédiger. Toutefois, je vous invite à regarder à la page 12 les motifs de notre opposition à l'article 64. Je crois que nous avons déjà discuté de cette question, à savoir si oui ou non, en ce qui concerne la question de la «spontanéité» d'une déclaration ou d'un aveu d'un inculpé, la charge légale de la preuve doit reposer sur la poursuite qui doit la prouver au-delà de tout doute raisonnable. Comme je l'ai dit, les hommes de bonne volonté divergent d'opinion sur le fait que ce caractère spontané devrait être établi hors de tout doute raisonnable ou être fondé sur une preuve par présomptions.

[Text]

should carefully consider and it has already been suggested to you. That is the American law as it relates to the balance of probabilities. If it is good enough for the Americans then probably it is good enough for us.

Senator Donahoe: No.

Mr. Greenspan: Although I do not know if such an argument should ever be persuasive before this body.

Senator Nurgitz: Or ever be said.

Mr. Greenspan: Yes, but it has been said. I want to make this observation to you. The United States happens to have a balance of probabilities test. The United States also has something else which was never brought to your attention and that is this: They have mandatory requirements that have nothing to do with the voluntariness question. They have mandatory constitutional requirements, "Miranda warnings." These warnings lead to automatic exclusion. In other words, whether it is voluntary or not, there are safeguards built into the American system that allow for exclusion and they go well beyond the question of whether or not a statement is voluntary. Therefore, at the preliminary stage that country has much greater safeguards than you will see in this country. We move immediately to the question of voluntariness. Or if we look to England, they have judges' rules where judges are required to exclude statements if they do not live up to those judges' rules. We do not have judges' rules. If we were to have judges' rules in this country and a judiciary that would eliminate statements that did not accord to those rules, then I see no reason to move to a balance of probabilities test on the question of voluntariness. But we have nothing at the preliminary stage that considers or weighs the inadmissibility of a statement taken by the police from an accused, other than the voluntariness test. Therefore, when people come to you and say that other countries have a balance of probabilities test, that is too simple an answer. It is in fact an incorrect answer to give to you that, therefore, we should, because we do not have the other preliminary stage safeguards.

That is something I read in the hearings that were presented to you and that is not mentioned in the brief. Other than that, senator, I have nothing further.

Senator Nurgitz: We had before us two ladies from the Criminal Lawyers Association, a Miss Martin and Miss Edwardh.

Mr. Greenspan: Yes, I know the names, but I have not read what they said to you.

Senator Nurgitz: No, it has not been printed yet, but I wanted to commend it to you in the hope and expectation that you will be back before us, because in my opinion they were excellent. They spent probably half of their time dealing with the statements question, clauses 63 and 64. I have to say they did an excellent job.

I suppose the contention is that the exceptions in clause 64(f), (g), (h) and (i) imply, and I would like to ask you whether you also read it that way—well, let me take one of them as an example, 62(1)(h):

[Traduction]

Nous vous avons reportés plus d'une fois au juge Kauffman et à un fait qui ne figure pas dans mon mémoire mais que vous devriez étudier soigneusement, et ce fait vous a déjà été communiqué. Il s'agit de la jurisprudence américaine sur la preuve par présomptions. Si elle est bonne pour les Américains, elle l'est probablement pour nous aussi.

Le sénateur Donahoe: Non.

M. Greenspan: Je ne sais pas si cet argument sera jamais convaincant pour vous.

Le sénateur Nurgitz: Ou sera jamais invoqué.

M. Greenspan: Oui, mais il l'a été. Je tiens à faire cette observation. Il se trouve que les États-Unis ont un test pour établir une preuve par présomptions. Ils ont aussi autre chose qui n'a jamais été porté à votre attention: des exigences qui n'ont rien à voir avec le caractère spontané. Ils ont des obligations constitutionnelles, les "Miranda warnings". Ces avertissements débouchent sur l'exclusion automatique. Autrement dit, que la déclaration soit spontanée ou non, le système américain est protégé par des dispositions d'exclusion qui transcendent cette question. Par conséquent, à l'étape préliminaire, ce pays dispose de protections bien meilleures que nous. Passons immédiatement à la question du caractère spontané. Si nous regardons l'Angleterre, on voit que ce pays a imposé des «règles pour les juges» qui obligent les juges à exclure des déclarations s'ils ne sont pas d'accord avec ces règles. Or, nous n'avons pas de telles règles. Si nous en avions, et si nous avions des tribunaux qui élimineraient les déclarations incompatibles avec ces règles, je ne vois aucune raison de vérifier la question du caractère spontané par un test de preuve par présomptions. Mais nous n'avons rien, à l'étape préliminaire, qui considère ou soupèse l'irrecevabilité d'une déclaration d'un inculpé enregistré par la police, autre que le test relatif au caractère spontané. Par conséquent, lorsque des gens vous disent que d'autres pays ont un test sur la preuve par présomptions, ils vous servent une réponse trop simple. Ce serait en fait une mauvaise réponse à vous donner, parce que nous ne disposons pas des autres protections de l'étape préliminaire.

Voilà quelque chose que j'ai lu dans le compte rendu des audiences mais qui ne figure pas dans le mémoire. Monsieur le Sénateur, je crois que je n'ai rien d'autre à ajouter.

Le sénateur Nurgitz: Nous avons ici deux dames de la *Criminal Lawyers Association*, M^{lles} Martin et Edwardh.

M. Greenspan: Oui, je les connais, mais je n'ai pas lu ce qu'elles vous ont déclaré.

Le sénateur Nurgitz: Non, cela n'a pas encore été imprimé, mais je voulais vous recommander de le faire dans l'espoir que vous reviendrez, parce que j'estime qu'elles étaient excellentes. Elles ont probablement passé la moitié de leur temps à discuter de la question des déclarations, aux articles 63 et 64. Je dois dire qu'elles ont fait un excellent travail.

Je suppose qu'elles contestaient les exceptions aux paragraphes 64(f), (g), (h) et (i), et j'aimerais vous demander si vous avez la même idée que moi—bien, prenons un exemple, l'alinéa 62(1)(h):

[Text]

a spontaneous statement made in direct reaction to a startling event perceived or apprehended by the declarant;

That in their views was an exclusion to the necessity of having a voir dire.

Mr. Greenspan: You will see at page 10 of our material, in reference to clause 62(1)(h), that that objection is clearly listed there. That seems to incorporate this *res gestae* exception to the hearsay rule. The accused, then, as we object to it, is singled out for special treatment. When you look at clause 64, the Crown is not even required to establish that such a statement is voluntary. We question the philosophical basis for clause 62(2) and we comment on the task force report. When you read that, then you see right before you at page 10 of our material what they think they were getting at, that somehow the accused will introduce his explanation without taking the stand and that it is unlikely to be trustworthy unless he testifies.

We say there, leaving aside the presumption of innocence which seems to have been only of passing interest to the task force, that you must look at the ramifications. They have abolished the doctrine of recent possession. That is, when in the absence of an explanation by the accused found in possession he is presumed to know that the goods were stolen. Now there would be no opportunity for the defence to lead that from the police officer who heard it, which is the current law. Mr. Justice Dickson in a case called *Newton* pointed out what the current law is, and it is generally accepted that you can say to the police officer, "But he gave you an explanation".

The effect is that the jury is left with the impression under this proposal that the possession is unexplained, even though in fact an explanation was given. Furthermore, the way the clause you have before you is worded, the accused realistically cannot even confirm that the explanation was given by cross-examining the police officer, since the opportunity to adduce that explanation will only arise once the accused has testified, and by that time the Crown has closed the case and the opportunity to adduce that explanation through the police officer and confirm it is lost.

The rationale that the courts would somehow be at the mercy of the professional criminal, which is what the task force suggests, seems somehow hollow, because when you look at clause 31 the Crown can lead evidence, on a possession of stolen goods case, that stolen goods were found in the accused's possession on previous occasions. In other words, they can lead evidence of his previous convictions for similar offences under clause 31 of this proposed Evidence Act. It is the Society's submission that that would take care of the so-called professional criminal, but the present rule as it is devised is a cleverly devised rule to get round something that is just not a big problem.

As I said to you at the outset, when you look at some of the American studies, the perception of the problem is often different from the reality. To suggest that somehow everyone

[Traduction]

La déclaration spontanée faite en réaction immédiate à un événement saisissant réel ou appréhendé;

A leur avis, cela excluait la nécessité d'un *voire-dire*.

M. Greenspan: Vous verrez à la page 10 de notre document, concernant l'alinéa 62(1)(h), que notre position y est clairement expliquée. Elle semble incorporer l'exception relative à la *res gestae* à la règle du *ouï-dire*. L'inculpé, donc, et c'est ce à quoi nous nous opposons, est isolé en vue d'un traitement spécial. Lorsque vous regardez l'article 64, la Couronne n'est même pas obligée d'établir qu'une telle déclaration est spontanée. Nous contestons le bien-fondé philosophique du paragraphe 62(2) et nous sommes d'accord avec le rapport du groupe de travail. Lorsque vous lisez cela, et que vous voyez droit devant vous, à la page 10 de notre mémoire, ce qu'ils croyaient obtenir, à savoir que l'inculpé expliquera, en quelque sorte, sa position mais qu'il n'est vraisemblablement pas crédible à moins de témoigner.

Nous disons alors, en mettant de côté la présomption d'innocence qui semble n'avoir été que d'un intérêt passager pour le groupe de travail, que vous devez examiner les ramifications. Ils ont aboli la doctrine de la possession récente, c'est-à-dire, en l'absence d'une explication valable, l'inculpé est présumé savoir que les marchandises étaient volées. Maintenant, la défense n'aura plus aucune occasion d'invoquer ce que l'agent de police a entendu, ce qui est conforme à la jurisprudence actuelle. Le juge Dickson, dans l'affaire *Newton*, a indiqué ce qui était la jurisprudence actuelle et il est généralement accepté que vous puissiez dire à un agent de police que l'inculpé lui a donné une explication.

Le problème est que le jury est laissé avec l'impression que la possession est inexpliquée même si, en fait, une explication a été fournie. En outre, de la façon dont cet article est formulé, l'inculpé ne peut même pas confirmer de façon réaliste que l'explication a été fournie en contre-interrogeant l'agent de police, puisque l'occasion d'établir cette explication n'est possible que lorsque l'inculpé a témoigné et que déjà à ce moment, la Couronne a classé l'affaire et l'occasion de produire l'explication de l'agent de police et de la faire confirmer est perdue.

Le raisonnement selon lequel les tribunaux seront en quelque sorte à la merci des criminels professionnels, que laisse entendre le groupe de travail, semble sans valeur, parce que lorsque vous examinez l'article 31 du projet de loi, la Couronne peut produire la preuve, dans une affaire de possession de marchandises volées, que celles-ci ont été trouvées en possession de l'inculpé en des occasions antérieures. Autrement dit, les procureurs de la Couronne peuvent produire la preuve des condamnations antérieures de l'inculpé pour des infractions semblables visées à l'article 31 du projet de loi. La *Société* estime que cette disposition réglerait le cas des soi-disant criminels professionnels, mais la règle actuelle, telle que libellée, est adéquate pour contourner un problème qui n'est pas si grave.

Comme je l'ai dit au début, lorsque vous regardez certaines des études américaines, la perception du problème est souvent différente de la réalité. Affirmer que presque tous les criminels

[Text]

is getting off, because of the existing *res gestae* rule, which is a fair rule today, is wrong. It is just wrong.

Senator Deschatelets: Mr. Greenspan, do you have any comment with respect to clause 95, mandatory direction to the jury? Some briefs that were presented to us expressed objection to mandatory direction to the jury and I wondered what your reaction would be as an attorney for the defence.

Mr. Greenspan: Senator, the Society has made no recommendation in connection with clause 95. Consequently, I feel bound by my mandate not to comment on section 95.

Senator Deschatelets: Even on your own behalf?

Mr. Greenspan: I made a promise to the Society that I would appear and make those recommendations solely in my capacity as a director of the Society, and I do not feel that it would be appropriate for me to make a comment on that.

Senator Deschatelets: Perhaps if you come back—

Mr. Greenspan: When we leave I would be very happy to tell you what I think of it.

Senator Bosa: Madam Chairman, Mr. Greenspan opposes clause 52(2), which allows into evidence notes made by a policeman who may not be able to testify because of physical disabilities. He objects because the notes have been made, presumably, in contemplation of litigation.

Would it not be better if the notes were allowed into evidence and then the point was debated in order to evaluate the merits of the notes, to determine whether they were biased and whether they were factual?

Mr. Greenspan: Senator, clause 52(1) reads as follows:

In a criminal proceeding in which a declarant or his testimony is unavailable, a statement made by him in the course of duty is admissible to prove the truth of the matter asserted or any collateral matter where the declarant had a duty to record or report his acts, the statement was made at or about the time the duty was performed, the declarant made the statement without motive to misrepresent and the statement was not made in anticipation of imminent litigation.

That is a healthy, good rule. One of the reasons for our objection to clause 52(2) is that we find it rather curious that in what will be the ultimate law of the land there is an exception for police officers' notes. There is a single exception made for that specific purpose. That, and I am about to deal with the problem, is to me a reflection of who was involved in the drafting, because there is no need to make exceptions to the kind of fine, general rule that exists in clause 52(1).

The reason they have made the exception is that somehow it may be that certain routine entries, such as entries in police property ledgers, should be admissible, but how does one justify making admissible the notes made by a police officer at the scene, when he knows he is making them with respect to imminent litigation every time? They suffer from what the law

[Traduction]

échappent à la Loi, en raison de la règle existante du *res gestae*, qui est une règle équitable, est faux. C'est tout simplement faux.

Le sénateur Deschatelets: Monsieur Greenspan, avez-vous des observations à faire sur l'article 95 portant sur les directives obligatoires au jury? Certaines mémoires qui nous ont été présentées s'opposaient à cet article et je me demande ce que serait votre réaction en tant que procureur de la défense.

M. Greenspan: Sénateur, la *Société* n'a formulé aucune recommandation relativement à l'article 95. Par conséquent, j'estime que mon mandat ne nous permet pas de le commenter.

Le sénateur Deschatelets: Même en votre nom personnel?

M. Greenspan: Je me suis engagé envers la *Société* à comparaître et à formuler des recommandations uniquement en ma capacité de directeur de la *Société* et j'estime qu'il ne serait pas convenable pour moi de formuler des observations personnelles.

Le sénateur Deschatelets: Peut-être que si vous revenez—

M. Greenspan: Lorsque nous quitterons, je serai très heureux de vous dire ce que j'en pense.

Le sénateur Bosa: Madame le Président, M. Greenspan s'oppose au paragraphe 52(2) qui permet la recevabilité en preuve des notes d'un policier qui peut n'être pas en mesure de témoigner en raison d'une incapacité physique. Il s'y oppose parce que les notes auront vraisemblablement été écrites en prévision d'un litige.

Ne serait-il pas mieux d'admettre en preuve ces notes puis de discuter du mérite de ces dernières, afin de déterminer si elles étaient biaisées ou factuelles?

M. Greenspan: Monsieur le sénateur, le paragraphe 52(1) se lit de la façon suivante:

En matière criminelle, la déclaration d'une personne qui n'est pas disponible pour témoigner est recevable comme preuve de sa véracité ou de la véracité d'un fait connexe si elle a été faite autrement qu'en prévision d'un litige, dans l'exercice d'une fonction par une personne ayant l'obligation de faire un rapport concernant ses actes ou de les enregistrer et si cette personne n'avait aucun motif de faire une fausse déclaration.

Il s'agit d'une bonne règle. L'une des raisons de notre objection au paragraphe 52(2), c'est que nous trouvons curieux que le texte qui deviendra la loi ultime du pays comporte une exception pour les notes des agents de police. Il y a une seule exception pour ce cas particulier. Cette exception, et je vais bientôt en parler, reflète l'idée de ceux qui ont rédigé le texte, parce qu'il n'est pas nécessaire de faire des exceptions dans le genre de règle générale prévue au paragraphe 52(1).

L'exception existe parce qu'il se peut d'une certaine façon que certaines entrées routinières, telles que les entrées dans les grands livres de la police, devraient être recevables, mais comment peut-on justifier la recevabilité des notes prises par un agent de police sur place, lorsqu'il sait qu'il les prend en prévision d'un litige à chaque fois? Il s'agit de ce que la loi

[Text]

has traditionally recognized as a serious frailty: that they are really made in contemplation of litigation. He knows that they are going to be used and the danger, historically, has been that they will be slanted in such a way that can only really be revealed by cross-examination. That is the healthy aspect of cross-examination of notes that you know will have the tendency to be prepared for the purposes of cross-examination. I think it would be unfortunate if, for instance, in a case where the Crown was entitled to adduce the entire case against an accused person through the notes of a police officer—notes which were made in anticipation that the officer would be testifying against the accused—that the entire trial would be his notebook.

Senator Donahoe: I think there would be a lot of sick policemen.

Senator Bosa: Madam Chairman, is this not an extraordinary case, though? It would only come into play when the policeman in question was either mentally or physically disabled, and I presume that if it were a serious case, that that would have to be proven and that the reason for the policeman's not being in court could not be a frivolous reason.

Mr. Greenspan: One case somewhere in Quebec or Nova Scotia does not necessitate a rule like this. I do not know the case but I have no doubt it must be a single case somewhere that upset somebody sufficiently to make them want to create this exceptional rule.

I have been through many, many trials and I have had the unfortunate track record of having to cross-examine every policeman who was involved in any case I have ever been involved in. There is no epidemic of police officers being sick or unavailable to come to court. This rule, this exception is, to me, an unwarranted exception. No case has been made out to make this kind of exception to the general rule of letting in notes and specifically singling out police officers. The idea of having a single criminal trial where the sole evidence is the police officer's notebook, and not being able to cross-examine him, smacks to me of total unfairness and when that case arises, if it ever does, that should not be in an evidence act, period.

Senator Deschatelets: Clause 52(2) goes against all the jurisprudence as well as the philosophy of hearsay.

Mr. Greenspan: Absolutely.

Senator Deschatelets: This should not be part of the uniformity of rules. We are introducing a new concept.

Mr. Greenspan: As I say to you, senator, if the subclause meets your notion of fairness, then it can pass; it should pass. If your test is fairness, it should pass. But senator, how does one debate the notebook of a police officer who is not there? How do I, as a defence counsel, challenge the notebook? Whom do I call? Whom do I question? What do I say?

Senator Bosa: What if the notebook contains very simple information, such as the date, the hour, the place, without

[Traduction]

reconnaît historiquement comme une grave faiblesse: les notes sont réellement prises en prévision d'un litige. Il sait qu'elles seront utilisées, et le danger, traditionnellement, a été qu'elles seront exposées de telle façon qu'on ne pourra les révéler qu'au moyen d'un contre-interrogatoire. Il s'agit là du bon côté du contre-interrogatoire de notes qui auront tendance, comme vous le savez, à être rédigées en vue du contre-interrogatoire. Je crois qu'il serait malheureux si, par exemple, dans une affaire où la Couronne avait le droit de présenter toute l'affaire contre l'inculpé au moyen des notes d'un agent de police—des notes qui auraient été prises en prévision du témoignage de l'agent contre l'inculpé—que le procès au complet soit fondé sur son carnet de notes.

Le sénateur Donahoe: Je crois que beaucoup de policiers seraient malades.

Le sénateur Bosa: Madame le Président, ne s'agit-il pas par contre d'un cas extraordinaire? Cela ne s'appliquerait que lorsque le policier en question est frappé d'une incapacité physique ou mentale, et je présume que s'il s'agissait d'une affaire grave, il faudrait le prouver, et le policier ne pourrait refuser de se rendre au tribunal pour des raisons futiles.

M. Greenspan: Un cas qui se serait produit au Québec ou en Nouvelle-Écosse ne justifie pas une telle règle. Je ne sais pas de quel cas il s'agit, mais je n'ai aucun doute qu'il s'agit d'un seul cas qui a suffisamment bouleversé quelqu'un pour créer cette règle exceptionnelle.

J'ai participé à de nombreux procès et j'ai eu la malheureuse occasion de contre-interroger chaque policier qui était en cause dans toutes les affaires que j'ai traitées. Il n'y a aucune épidémie d'agents de police qui se déclarent malades ou qui ne peuvent se rendre au tribunal. Cette règle, cette exception, constitue selon moi une exception non justifiée. Rien ne justifie ce genre d'exception à la règle générale selon laquelle les notes sont recevables, et particulièrement pour ce qui est d'exclure les notes des agents de police. L'idée qu'un seul procès pour une affaire criminelle où la seule preuve serait le carnet de notes d'un agent de police qui ne peut être là pour le contre-interrogatoire me semble totalement injuste, et lorsque cela arrivera, si jamais cela arrive, il ne faudrait pas inscrire cela dans une loi sur la preuve, un point c'est tout.

Le sénateur Deschatelets: Le paragraphe 52(2) va à l'encontre de toute la jurisprudence et contre la philosophie du oui-dire.

M. Greenspan: Absolument.

Le sénateur Deschatelets: Cela ne devrait pas faire partie de l'uniformité des règles. Il s'agit d'un nouveau concept.

M. Greenspan: Comme je vous l'ai dit, sénateur, si ce paragraphe correspond à votre idée de la justice, il peut alors être adopté; il devrait être adopté. Mais, sénateur, comment peut-on discuter du carnet de notes d'un agent de police qui n'est pas là. En tant qu'avocat de la défense, comment puis-je contester le carnet de notes? Qui vais-je appeler à la barre? A qui vais-je poser des questions? Que vais-je dire?

Le sénateur Bosa: Qu'arrive-t-il si le carnet de notes ne contient que des renseignements très simples, comme la date,

[Text]

expressing any opinions as to the act that was committed; if it just had the bare essentials?

Senator Donahoe: Nobody speaks for it; you do not know when it was made; you do not know what the reasons were that compelled the man to make it. It could have been made for all the wrong reasons and at the wrong time, and this act says it would be admissible.

Mr. Greenspan: Minimally where you are heading, senator—and I do not recommend this rule to you—but perhaps there should be an amendment that it would be at the discretion of the trial judge to let it in, because if it really is non-contentious; if it really contains matters that an accused cannot really argue against to prove certain facts, maybe the judge should permit it, and possibly the judge should have that discretion. Again, I am not here to propose an amendment. I think subclause 2 should go. What you are saying is that if it is non-contentious material, then maybe the judge should have the discretion to determine whether he will let it in. I say that to you just in passing, because I have never really given that any consideration.

Senator Bosa: I think that that would be an improvement.

The Chairman: Are there other questions?

Mr. Greenspan, are there any other points right at this moment that you feel you would like to stress?

Mr. Greenspan: I have no doubt that you will look carefully at everything that is being presented by the Society, but possibly if I could look at clauses 161 and 163 for a moment. Remembering that clause 161 says that:

A witness shall not be excused from answering a question on the ground that the answer may tend to incriminate him or establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown...

Clause 161(2) says:

If at the time a witness is asked a question, he claims protection under this Act... the answer shall not be receivable in evidence or used against him for any purpose in any subsequent proceeding, other than a subsequent proceeding... for perjury, or giving contradictory evidence...

Then Clause 163 says:

Notwithstanding section 161, a statement made previously by a witness that is relevant to a fact in issue and is inconsistent in a material particular with his present testimony may be received in evidence for the sole purpose of challenging his credibility.

I should remind you that section 13 of the Charter of Rights and Freedoms says:

A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

It will be argued that very little can be predicted in law, but I can predict with certainty that clause 163 of this bill, as it

[Traduction]

l'heure, l'endroit, sans comporter d'opinion au sujet du délit qui a été commis; s'il ne s'agit que des faits essentiels?

Le sénateur Donahoe: Personne n'est là pour le défendre; vous ne savez pas quand les notes ont été prises; vous ne savez pas pourquoi elles ont été prises. Elles ont peut-être été prises pour de mauvaises raisons, et au mauvais moment, et la présente loi dit qu'elles seraient recevables.

M. Greenspan: Je sais où vous voulez en venir, sénateur—et je ne vous recommande pas cette règle—mais il devrait peut-être y avoir une modification portant que le juge de première instance décidera si les notes sont recevables ou non comme preuve, parce que si elles ne sont pas litigieuses; s'il s'agit vraiment de questions que l'inculpé ne peut réellement contester afin de prouver certains faits, peut-être que le juge devrait les accepter, peut-être que le juge devrait avoir cette liberté de décision. Une fois de plus, je ne suis pas ici pour proposer une modification. Je crois que le paragraphe 2 devrait être éliminé. Ce que vous dites, c'est que si les renseignements ne sont pas litigieux, alors le juge devrait avoir la liberté de les accepter. Je vous dis cela en passant, parce que je n'ai jamais vraiment étudié la question.

Le sénateur Bosa: Je crois que ce serait une amélioration.

Le président: Y a-t-il d'autres questions?

Monsieur Greenspan, y a-t-il d'autres points que vous aimeriez discuter pour l'instant?

M. Greenspan: Je n'ai aucun doute que vous étudierez soigneusement tout ce que présente la Advocates' Society, mais j'aimerais si possible parler des articles 161 et 163 pour un instant. L'article 161 stipule que:

Un témoin n'est pas exempté de répondre à une question pour le seul motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à établir sa responsabilité en matière civile.

Le paragraphe 161(2) stipule que:

Si le témoin à qui une question est posée demande à être protégé en application de la présente Loi... la réponse n'est pas recevable comme preuve et ne peut être utilisée contre lui pour quelque raison que ce soit dans toute poursuite ultérieure, sauf lors de poursuites ultérieures... pour parjure ou pour témoignages contradictoires...

L'article 163 stipule que:

Par dérogation à l'article 161, la déclaration antérieure d'un témoin sur un fait en litige, qui est incompatible sur un point important avec le témoignage qu'il rend, est recevable en preuve en vue uniquement d'attaquer sa crédibilité.

Je vous rappelle que l'article 13 de la Charte des droits et libertés stipule que:

Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Il peut être allégué que très peu de choses peuvent être prévues dans la loi, mais je peux dire avec certitude que

[Text]

presently stands, is inconsistent with section 13 of the Charter of Rights and Freedoms. The other argument that clause 163 of the bill is not inconsistent with section 13 of the Charter of Rights and Freedoms because the allegedly previous inconsistent statement is merely used to "test his credibility" to me is mere sophistry. The practical effect of the use permitted by clause 163 is that a witness' previous evidence is being used against him to incriminate him. The protection afforded by clause 161 is almost completely illusory where the accused, on a subsequent occasion, chooses to testify.

Mr. Justice Estey, in a case called *McInroy and Rouse v. The Queen* at 42 C.C.C. (2d), 481 (S.C.C.) 507, and here he is looking at the present section 9(2) of the Canada Evidence Act, says:

In my view, the proper interpretation of Section 9(2) permits the trier of fact, once the procedural requirements of the subsection have been met, to take into account explanations and denials with reference to the proven prior inconsistent statements. Any other conclusion not only lacks the ring of reality but is transparently a rule adopted for comfort in the full awareness by the Court that regardless of the instructions to the jury, the content of the prior inconsistent statement will be weighed by the jury along with the testimony of the witness given in Court in the process of determining which statements and evidence of the witness (if any) are to be believed and incorporated in their findings or conclusions of fact.

What if the accused adopts this prior inconsistent statement? What if he is testifying and he adopts the prior inconsistent statement? According to the law, it becomes part of his evidence and is no longer used for the sole purpose of challenging his credibility.

Of all the provisions that give me serious concern, this concerns me the least because I am firmly convinced that it will be the first clause struck down by the Charter of Rights and Freedoms.

This clause, in my view, and in the view of the Society, simply cannot stand. Either there is protection or there is not. You cannot have a half-way house of limiting the cross-examination of the very thing you are trying to avoid by clause 161.

Again, I would strongly urge upon you that consideration of section 13 of the Charter should conclude with either you have a rule or you do not have a rule, and the preservation of clause 161 requires the elimination of clause 163.

The Chairman: Thank you, Mr. Greenspan, for the excellent presentation you have made this morning. As indicated to you earlier, the members of the committee would like to have you back on some future date when we are examining the bill in more depth.

I am sure there are going to be revisions made to it and we will certainly find the time to have you back after we have

[Traduction]

l'article 163 actuel du présent projet de loi est en contradiction avec l'article 13 de la Charte des droits et des libertés. À mon avis, l'autre argument portant que l'article 163 du projet de loi n'est pas contradictoire avec l'article 13 de la Charte des droits et libertés parce que les prétendues déclarations antérieures contradictoires sont seulement utilisées pour vérifier sa crédibilité n'est que du sophisme. En réalité, l'article 163 permet d'utiliser les preuves antérieures d'un témoin contre lui pour l'inculper. La protection offerte par l'article 161 est presque entièrement illusoire lorsque l'inculpé décide de témoigner à une autre occasion.

Le juge Estey, dans l'affaire *McInroy and Rouse contre la Reine*, 42 C.C.C. (2^e), 481 (S.C.C.) 507, déclare au sujet du présent paragraphe 9(2) de la Loi fédérale sur la preuve:

À mon avis, interprété correctement, le par. 9(2) permet au juge du fond de tenir compte, une fois la procédure prescrite au paragraphe respectée, de toute la déposition du témoin, y compris ses explications et dénégations relatives aux déclarations antérieures incompatibles et prouvées. Toute autre conclusion manque non seulement de réalisme mais est clairement une solution de facilité, car le tribunal sait pertinemment que malgré ses directives au jury, ce dernier pèsera à la fois le contenu de la déclaration antérieure incompatible et celui de la déposition du témoin devant la cour pour déterminer laquelle de la déclaration ou de la déposition du témoin (le cas échéant) est digne de foi, et donc à inclure dans leurs conclusions de fait.

Qu'arrive-t-il si l'inculpé adopte cette déclaration antérieure contradictoire? Qu'arrive-t-il s'il témoigne et adopte la déclaration antérieure contradictoire? Selon la loi, son témoignage fait partie de la preuve il n'est plus utilisé uniquement pour contester sa crédibilité.

De toutes les dispositions qui me préoccupent sérieusement, celle-ci est la moins grave, parce que je suis fermement convaincu que ce sera la première disposition à être renversée par la Charte des droits et libertés.

À mon avis, et de l'avis de l'*Advocate's Society*, cette disposition ne peut tout simplement être adoptée. La protection existe ou elle n'existe pas. Il n'est pas question d'adopter des demies mesures en posant des restrictions sur le contre-interrogatoire au sujet des choses que vous essayez justement d'éviter au moyen de l'article 161.

Une fois de plus, je vous incite fortement à examiner l'article 13 de la Charte pour conclure que la règle existe ou n'existe pas, et que le maintien de l'article 161 exige l'élimination de l'article 163.

Le président: Merci, Monsieur Greenspan, de l'excellente présentation que vous avez faite ce matin. Comme je vous l'ai indiqué plus tôt, les membres du comité aimeraient vous voir revenir à une date ultérieure, lorsque nous examinerons de plus près le projet de loi.

Je suis certain qu'il sera modifié, et nous trouverons certainement le temps de vous écouter à nouveau une fois que nous

[Text]

considered the complete brief of the Advocates' Society in considerable detail.

Mr. Greenspan: Thank you.

The committee adjourned.

[Traduction]

aurons étudié en détails le mémoire complet de l'*Advocates' Society*.

M. Greenspan: Merci.

La séance est levée.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESS—TÉMOIN

Mr. Edward L. Greenspan, Q.C., Advocates Society.

M. Edward L. Greenspan, c.r., Advocates Society.



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Tuesday, June 14, 1983

Le mardi 14 juin 1983

Issue No. 63

Fascicule n° 63

Eleventh proceedings on:

Bill S-33, "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada"

Onzième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet pour le Canada à la loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit»

REPORT OF THE COMMITTEE

Revised report on Bill S-32, "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act"

RAPPORT DU COMITÉ

Rapport modifié sur le projet de loi S-32, «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus»

WITNESS:

(See back cover)

TÉMOIN:

(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat, le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

TUESDAY, JUNE 14, 1983
(92)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4:10 p.m., the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Deschatelets, Godfrey, Neiman and Rousseau. (6)

In attendance: Mr. Philip Rosen, Research Officer, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witness:

Professor Stanley Schiff, Faculty of Law, University of Toronto.

The Committee resumed consideration of Bill S-33 intitled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

The witness made a statement and answered questions.

At 5:40 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAL

LE MARDI 14 JUIN 1983
(92)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 h 10, sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Deschatelets, Godfrey, Neiman et Rousseau. (6)

Aussi présent: M. Philip Rosen, attaché de recherche, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoin:

M. Stanley Schiff, professeur, Faculté de droit, Université de Toronto.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-33, «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.»

Le témoin fait une déclaration et répond aux questions.

A 17 h 40, le Comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation du président.

ATTESTÉ:

Le greffier du Comité

Denis Bouffard

Clerk of the Committee

REPORT OF THE COMMITTEE

Thursday, June 2, 1983

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-32, intituled: "An Act to amend the Penitentiary Act and the Parole Act", and which was instructed by the Senate to consider certain amendments on 31st May, 1983, reported that it had examined the said Bill and the amendments referred to in the said instruction, and now reports the same to the Senate with eight amendments.

1. *Page 1, clause 1:* Strike out line 7 and substitute the following:

"23. Subject to *subsection 24(5) and 24.11(2) the Com-*"

2. *Page 1, clause 2:* Strike out lines 16 to 19 and substitute the following:

"2.(1) Subsection 24(1) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

"24.(1) Subject to *this section and sections 24.11 and*"

3. *Page 2, new subsection (2):* Add, immediately after line 4, the following:

"(2) Section 24 of the said Act is further amended by adding thereto the following subsections:

"(3) An inmate is not entitled to be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law solely as a result of remission, including earned remission,

(a) where a court directs pursuant to section 14.7 of the *Parole Act* that the inmate not be so released, or

(b) prior to the completion of

(i) the hearing and determination by the court of the application in respect of the inmate pursuant to sections 14.1 to 14.7 of that Act to determine whether a direction referred to in paragraph (a) should be made, or

(ii) an appeal by the Attorney General of Canada pursuant to subsection 14.8(2) against the dismissal of the application referred to in subparagraph (i).

(4) When a direction referred to in subsection (3) is made in respect of an inmate, the inmate

(a) shall forfeit all statutory and earned remission standing to his credit, whether accrued before or after the coming into force of this section; and

(b) is not entitled to be credited with earned remission in respect of the sentence he is serving at that time.

(5) Any remission of sentence forfeited pursuant to subsection (4) shall not thereafter be remitted or recredited pursuant to section 23 of this Act or subsection 20(3) of the *Parole Act*."

4. *Page 2, clause 3:* Strike out line 10 and substitute the following:

RAPPORT DU COMITÉ

Le jeudi 2 juin 1983

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles auquel a été déféré, pour étude plus approfondie, le rapport sur le projet de loi S-32, intitulé: «Loi modifiant la Loi sur les pénitenciers et la Loi sur la libération conditionnelle de détenus», a, conformément à l'ordre de renvoi du 7 juin 1983, étudié ledit rapport et fait maintenant rapport sur le projet de loi S-32 avec les amendements suivants:

1. *Page 1, article 1:* Remplacer la ligne 6 par ce qui suit:

«23. Sous réserve des paragraphes 24(5) et 24.11 (2), le»

2. *Page 1, article 2:* Remplacer les lignes 17 à 19 par ce qui suit:

«2.(1) Le paragraphe 24(1) de ladite loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«24.(1) Sous réserve du présent article et des articles 24.11 »

3. *Page 2, nouveau paragraphe (2):* Insérer, immédiatement après la ligne 2, ce qui suit:

«(2) L'article 24 de ladite loi est en outre modifié par insertion de ce qui suit:

(3) Un détenu n'a pas le droit d'être remis en liberté par suite uniquement d'une réduction de peine, y compris une réduction de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi:

a) dans le cas où la cour ordonne en vertu de l'article 14.7 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* que le détenu ne soit pas remis en liberté, ou

b) avant que:

(i) conformément aux articles 14.1 à 14.7 de cette loi, la cour n'ait tenu une audition et pris une décision relativement à la demande faite à l'égard du détenu afin de déterminer si l'ordonnance visée à l'alinéa a) doit être rendue, ou

(ii) il n'ait été statué sur un appel interjeté par le procureur général du Canada en vertu du paragraphe 14.8(2) de cette loi du rejet de la demande visée au sous-alinéa (i).

(4) Lorsque l'ordonnance visée au paragraphe (3) est donnée à l'égard du détenu, celui-ci:

a) est déchu du droit à toute réduction de peine inscrite à son actif avant ou après l'entrée en vigueur du présent article; et

b) ne peut bénéficier d'aucune réduction de peine à l'égard de la sentence qu'il purgeait à ce moment.

(5) La déchéance du droit à la réduction de peine prévue au paragraphe (4) ne peut être annulée en vertu de l'article 23 de la présente loi ou du paragraphe 20(3) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*."

4. *Page 2, article 3:* Remplacer la ligne 6 par ce qui suit:

"and the mandatory supervision is revoked as a result of a conviction for an offence,

5. *Page 2, new clause 3.1:* Add, immediately after the heading "PAROLE ACT" that follows line 29, the following:

"3.1 Subsection 9(1) of the *Parole Act* is amended by adding thereto, immediately after paragraph (a) thereof, the following paragraph:

"(a.1) prescribing the times when and the manner in which a review of cases of inmates pursuant to section 14.1 is to take place;"

6. *Page 2, new clause 3.2:* Add, immediately before line 30, the following:

"3.2 The said Act is further amended by adding thereto, immediately after section 14 thereof, the following heading and sections:

**"DIRECTION NOT TO RELEASE INMATE ON
MANDATORY SUPERVISION**

14.1 (1) In this section and sections 14.2 to 14.9,

"court" means a superior court of criminal jurisdiction;

"court of appeal" means

(a) in the Provinces of Quebec, Ontario, New Brunswick, Newfoundland, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, British Columbia, the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Court of Appeal, and

(b) in the Provinces of Nova Scotia and Prince Edward Island, the Appeal Division of the Supreme Court;

"prosecutor" means the Attorney General of Canada and includes counsel acting on behalf of the Attorney General of Canada;

"superior court of criminal jurisdiction" means

(a) in the Province of Quebec, the Superior Court,

(b) in the Provinces of Ontario, Nova Scotia, Prince Edward Island, Newfoundland, the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Supreme Court,

(c) in the Province of British Columbia, the Supreme Court or the Court of Appeal, and

(d) in the Provinces of Manitoba, Saskatchewan, Alberta and New Brunswick, the Court of Appeal or the Court of Queen's Bench.

(2) The Chairman or a division of the Board shall, at the time and in the manner prescribed by the regulations, review the case of every inmate who is sentenced to imprisonment in or transferred to a penitentiary and is serving a sentence imposed in respect of a serious personal injury offence within the meaning of section 687 of the *Criminal Code*.

«sous surveillance obligatoire a été révoquée du fait qu'il a été déclaré coupable d'une infraction»

5. *Page 2, nouvel article 3.1:* Insérer, immédiatement après l'intertitre «LOI SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE DE DÉTENUS» ce qui suit:

«3.1 Le paragraphe 9(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* est modifié par insertion, après l'alinéa a), de ce qui suit:

a.1) fixer les époques où peut avoir lieu l'examen du cas des détenus visés à l'article 14.1 et prévoir la façon de l'effectuer;»

6. *Page 2, nouvel article 3.2:* Insérer, immédiatement avant la ligne 27, ce qui suit:

«3.2 Ladite loi est modifiée par insertion, après l'article 14, de ce qui suit:

**«ORDONNANCE INTERDISANT LA MISE EN
LIBERTÉ SOUS SURVEILLANCE
OBLIGATOIRE**

14.1 (1) Dans le présent article et dans les articles 14.2 à 14.9:

«cour» signifie une cour supérieure de juridiction criminelle;

«cour d'appel» signifie

a) dans les provinces de Québec, d'Ontario, du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta, et de la Colombie-Britannique, et dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, la Cour d'appel,

b) dans les provinces de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard, la division d'appel de la Cour suprême;

«cour supérieure de juridiction criminelle» signifie

a) dans la province de Québec, la Cour supérieure,

b) dans les provinces d'Ontario, de Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, et de Terre-Neuve, et dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, la Cour suprême,

c) dans la province de Colombie-Britannique, la Cour suprême ou la Cour d'appel,

d) dans les provinces du Manitoba, de la Saskatchewan, d'Alberta et du Nouveau-Brunswick, la Cour d'appel ou la Cour du Banc de la Reine,

«poursuivant» signifie le procureur général du Canada et comprend son substitut légitime;

(2) Le président ou une section de la Commission doit, à l'époque et de la façon prévues aux règlements, examiner le cas de chaque détenu qui est condamné à l'emprisonnement dans un pénitencier ou y est transféré et qui purge une peine d'emprisonnement imposée pour sévices graves à la personne, au sens de l'article 687 du *Code criminel*.

(3) Where, after reviewing the case of an inmate as required by subsection (2), the Chairman or members who conducted the review are of the opinion that the inmate should not be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law solely as a result of remission, including earned remission, on the grounds set out in paragraph 14.7(a) or (b), they shall refer the case to the Attorney General of Canada,

(a) except in the circumstances described in paragraph (b), not later than ninety days prior to the earliest day on which the inmate may be entitled to be released from imprisonment; and

(b) where the Chairman or members who conducted the review form the opinion less than ninety days prior to such day on the basis of

(i) behaviour by the inmate that occurs within those ninety days, or

(ii) information provided to the Chairman or members within those ninety days that could not reasonably have been provided earlier,

as soon as practicable after the opinion is formed.

(4) Where the case of an inmate has been referred to the Attorney General of Canada pursuant to subsection (2), an application for a direction under section 14.7 that the inmate shall not be released from imprisonment may be made, within fourteen days of the referral, to the court having jurisdiction in the place in which the inmate is in custody.

(5) An inmate is not entitled to be released from imprisonment prior to the completion of

(a) the hearing and determination by the court of the application in respect of the inmate pursuant to this section and sections 14.2 to 14.7, or

(b) an appeal by the Attorney General of Canada pursuant to subsection 14.8(2) against the dismissal of the application referred to in paragraph (a).

(6) An inmate who is in custody by virtue of subsection (5) shall be deemed to be serving his sentence.

(7) This section and sections 14.2 to 14.9 apply in respect of persons who were sentenced to imprisonment in or transferred to any class of penitentiary before or after the coming into force of this section.

14.2 (1) Where an application in respect of an inmate has been made pursuant to subsection 14.1(4), the Court shall hear and determine the application except that no such application shall be heard unless

(a) at least fourteen days notice has been given to the inmate by the prosecutor, following the making of the application, outlining the basis on which it is intended to found the application; and

(b) a copy of the notice has been filed with the clerk of the court.

(3) Dans le cas où, à l'issue de l'examen visé au paragraphe (2), le président ou les membres qui ont fait l'examen concluent que le détenu ne devrait pas être mis en liberté, par suite uniquement d'une réduction de peine, y compris une réduction de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi, pour les motifs prévus aux alinéas 14.7a) ou b), ceux-ci doivent renvoyer l'affaire au procureur général du Canada:

a) au plus tard quatre-vingt-dix jours avant la première date à laquelle le détenu a le droit d'être remis en liberté, sauf dans les circonstances visées à l'alinéa b);

b) dans le cas où le président ou les membres qui ont fait l'examen arrivent à leur conclusion moins de quatre-vingt-dix jours avant cette date sur le fondement;

(i) du comportement du détenu pendant ces quatre-vingt-dix jours, ou

(ii) des renseignements soumis au président ou aux membres dans les quatre-vingt-dix jours et qui ne pouvaient raisonnablement être soumis avant,

aussitôt que possible après être arrivés à cette conclusion.

(4) Lorsque le cas d'un détenu a été renvoyé au procureur général du Canada, en vertu du paragraphe (2), une demande d'ordonnance prévue à l'article 14.7 interdisant la mise en liberté du détenu peut être présentée, dans les quatorze jours du renvoi, à la cour compétente dans le lieu où le détenu est sous garde.

(5) Un détenu n'a pas le droit d'être remis en liberté avant:

a) que, conformément au présent article et aux articles 14.2 à 14.7, la cour n'ait tenu une audition et pris une décision relativement à la demande faite à son égard, ou

b) qu'il n'ait été statué sur l'appel interjeté par le procureur général du Canada en vertu du paragraphe 14.8(2) du rejet de la demande visée à l'alinéa a).

(6) Un détenu qui est sous garde en vertu du paragraphe (5) est censé purger sa sentence.

(7) Le présent article et les articles 14.2 à 14.9 s'appliquent aux personnes qui, avant ou après l'entrée en vigueur de celui-ci, ont été condamnées à l'emprisonnement dans un pénitencier ou y ont été transférées.

14.2 (1) La cour ne doit entendre et statuer sur une demande faite à l'égard d'un détenu en vertu du paragraphe 14.1(4) que si:

a) la poursuite a donné au détenu un préavis d'au moins quatorze jours francs après la présentation de la demande indiquant ce sur quoi la demande se fonde; et

b) une copie de l'avis a été déposée auprès du greffier de la cour.

(2) An application made pursuant to subsection 14.1(4) shall be heard and determined by the court without a jury.

(3) For the purposes of an application made pursuant to subsection 14.1(4), where an inmate admits any allegations contained in the notice referred to in paragraph (1)(a), no proof of those allegations is required.

(4) The production of a document purporting to contain any nomination that may be made or given by the Attorney General of Canada under sections 14.1 to 14.9 and purporting to be signed by the Attorney General of Canada is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of that nomination without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the document.

14.3 (1) On the hearing of an application made pursuant to subsection 14.1(4), the court shall hear the evidence of at least two psychiatrists and all other evidence that, in its opinion, is relevant, including the evidence of any psychologist or criminologist called as a witness by the prosecution or the inmate.

(2) One of the psychiatrists referred to in subsection (1) shall be nominated by the prosecution and one shall be nominated by the inmate.

(3) If the inmate fails or refuses to nominate a psychiatrist pursuant to this section, the court shall nominate a psychiatrist on behalf of the inmate.

(4) Nothing in this section shall be construed to enlarge the number of expert witnesses that may be called without the leave of the court or judge under section 7 of the Canada Evidence Act.

14.4 (1) A court to which an application is made pursuant to subsection 14.1(4) may, by order in writing,

(a) direct the inmate in relation to whom the application is made to attend, at a place or before a person specified in the order and within a time specified therein, for observation, or

(b) remand the inmate in such custody as the court directs, for a period not exceeding thirty days, for observation,

where in its opinion, supported by the evidence of, or where the prosecutor and the inmate consent, supported by the report in writing of, at least one duly qualified medical practitioner, there is reason to believe that evidence might be obtained as a result of such observation that would be relevant to the application.

(2) Notwithstanding subsection (1), a court to which an application is made pursuant to subsection 14.1(4) may remand the inmate to which that application relates in accordance with that subsection

(a) for a period not exceeding thirty days without having heard the evidence or considered the report of a duly qualified medical practitioner where compelling circumstances exist for so doing and where a

(2) La demande faite à l'égard d'un détenu en vertu du paragraphe 14.1(4) est entendue et décidée par la cour en l'absence du jury.

(3) Aux fins d'une demande faite à l'égard d'un détenu en vertu du paragraphe 14.1(4), lorsqu'un détenu admet des allégations figurant à l'avis mentionné à l'alinéa (1)a), il n'est pas nécessaire d'en faire la preuve.

(4) La production d'un document contenant apparemment une nomination que peut faire le procureur général du Canada en vertu des articles 14.1 à 14.9, et apparemment signé par le procureur général, fait preuve, en l'absence de preuve contraire, de cette nomination sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle de la personne l'ayant apparemment signé.

14.3 (1) Lors de l'audition d'une demande en vertu du paragraphe 14.1(4), la cour doit entendre la preuve d'au moins deux psychiatres et toute autre preuve qu'elle considère pertinente y compris la preuve de tout psychologue ou criminologue appelé comme témoin par la poursuite ou par le détenu.

(2) L'un des psychiatres mentionnés au paragraphe (1) est nommé par la poursuite et l'autre par le détenu.

(3) La cour qui entend la demande nomme un psychiatre aux lieu et place du détenu qui omet ou refuse de le faire conformément au présent article.

(4) Le présent article ne peut s'interpréter comme augmentant le nombre des experts susceptibles d'être appelés comme témoins sans l'autorisation de la cour ou du juge conformément à l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

14.4 (1) La cour à qui une demande est faite en vertu du paragraphe 14.1(4) peut, dans une ordonnance par écrit,

a) ordonné au détenu que vise la demande de se présenter pour observation devant la personne et aux lieu et date indiqués, ou

b) renvoyer le détenu à la garde qu'elle prescrit pour observation pendant trente jours au plus,

lorsque, suivant son opinion appuyée par le témoignage, ou lorsque le poursuivant et cette personne y consentent, par le rapport écrit d'au moins un médecin dûment qualifié, il y a des motifs de croire qu'il serait possible d'obtenir par suite de cette observation, des preuves pouvant s'avérer utiles à l'examen d'une telle demande.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), la cour à qui une demande est faite en vertu du paragraphe 14.1(4) peut renvoyer la personne que vise cette demande conformément à ce paragraphe,

a) pour une période d'au plus trente jours sans avoir entendu le témoignage ou examiné le rapport d'un médecin dûment qualifié, lorsque les circonstances l'exigent et qu'il ne se trouve pas de médecin qui

medical practitioner is not readily available to examine the offender and give evidence or submit a report; and

(b) for a period of more than thirty but not more than sixty days where it is satisfied that observation for such a period is required in all the circumstances of the case and its opinion is supported by the evidence of, or where the prosecutor and the inmate consent, by the report in writing of, at least one duly qualified medical practitioner.

14.5 Without prejudice to the right of an inmate to tender evidence as to his character and repute, evidence of the character and repute of the inmate may, if the court thinks fit, be admitted on the question whether the inmate should be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law solely as a result of remission, including earned remission.

14.6 (1) The inmate shall be present at the hearing of an application made pursuant to subsection 14.1(4) and the court shall order, in writing, the person having the custody of the inmate to bring the inmate before the court.

(2) Notwithstanding subsection (1), the court may

(a) cause the inmate to be removed and to be kept out of court, where he misconducts himself by interrupting the proceedings so that to continue the proceedings in his presence would not be feasible; or

(b) permit the inmate to be out of court during the whole or any part of the hearing on such conditions as the court considers proper.

14.7 Where, on an application made pursuant to subsection 14.1(4), it is established to the satisfaction of the court,

(a) that the inmate is serving a sentence imposed in respect of a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 687 of the *Criminal Code* and the inmate constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the inmate, of which that offence forms a part, showing a failure to restrain his behaviour and likelihood of his causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the inmate, of which that offence forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the inmate as to the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour, or

(iii) any behaviour by the inmate, associated with that offence, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that his behaviour in the

puisse à bref délai examiner cette personne et rendre témoignage ou présenter un rapport; et

b) pour une période de plus de trente jours ne dépassant pas soixante jours, lorsqu'elle est convaincue qu'une telle période d'observation est requise compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire et que son opinion est appuyée par le témoignage ou, lorsque le poursuivant ou cette personne y consent, par le rapport écrit d'au moins un médecin qualifié.

14.5 Sans préjudice du droit pour le détenu de présenter une preuve de son caractère ou sa réputation, une preuve de ce genre peut, si la cour l'estime opportun, être admise sur la question de savoir si le détenu doit ou non être remis en liberté, par suite uniquement d'une réduction de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi.

14.6 (1) Le détenu doit être présent à l'audition de la demande en vertu du paragraphe 14.1(4) et la cour doit ordonner, par écrit, à la personne ayant la garde du détenu, de le faire comparaître devant la cour.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), la cour peut:

a) faire expulser le détenu, s'il se conduit mal en interrompant les procédures de telle sorte qu'il ne serait pas possible de continuer les procédures en sa présence; ou

b) permettre au détenu d'être absent de la cour pendant la totalité ou une partie de l'audition, aux conditions que la cour estime à propos.

14.7 Lorsque, sur demande faite en vertu du paragraphe 14.1(4), la cour est convaincue:

a) que le détenu purge une peine d'emprisonnement pour sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 687 du *Code criminel*, et qu'il constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant.

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de cette infraction, le détenu démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de cette infraction, le détenu démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui, ou

(iii) que le comportement du détenu, associé à la perpétration de cette infraction, est d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure

future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint, or

(b) that the inmate is serving a sentence imposed in respect of a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 687 of the *Criminal Code* and the inmate, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of that offence, has shown a failure to control his sexual impulses, and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses,

the court may, by order, direct that the inmate shall not be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law solely as a result of remission, including earned remission.

14.8 (1) Where a court directs under section 14.7 that an inmate shall not be released from imprisonment, the inmate may appeal to the court of appeal against that direction on any ground of law or fact or mixed law and fact.

(2) The Attorney General of Canada may appeal to the court of appeal against the dismissal of an application for a direction under section 14.7 on any ground of law.

(3) On an appeal against a direction made under section 14.7, the court of appeal may

(a) quash such direction or order a new hearing; or

(b) dismiss the appeal.

(4) On an appeal against the dismissal of an application for a direction under section 14.7, the court of appeal may

(a) allow the appeal, and

(i) by order, direct that the inmate shall not be released from imprisonment prior to the expiration of his sentence according to law, solely as a result of remission, including earned remission, or

(ii) order a new hearing; or

(b) dismiss the appeal.

(5) A judgment of the court of appeal allowing an appeal pursuant to paragraph 4(a) and directing that the inmate shall not be released from imprisonment has the same force and effect as if it were a direction of the court pursuant to section 14.7.

(6) The provisions of Part XVIII of the *Criminal Code* with respect to procedure on appeals apply *mutatis mutandis* to appeals under this section.

14.9 Where a court, pursuant to section 14.7, directs that an inmate not be released from imprisonment, the court shall order that a copy of all reports or testimony given by psychiatrists, psychologists or criminologists and any observations of the court with respect to the reasons for the direction together with a transcript of

qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement, ou

b) que le détenu purge une peine d'emprisonnement pour sévices graves à la personne au sens de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 687 du *Code criminel*, et que sa conduite antérieure dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de cette infraction, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes,

la cour peut, par ordonnance, ordonner que le détenu ne soit pas mis en liberté, par suite uniquement d'une remise de peine, y compris une remise de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi.

14.8 (1) Dans le cas où la cour ordonne en vertu de l'article 14.7 qu'un détenu ne soit pas remis en liberté, celui-ci peut interjeter appel d'une telle ordonnance à la cour d'appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait.

(2) Le procureur général du Canada peut interjeter appel, à la cour d'appel, du rejet d'une demande d'ordonnance en vertu de l'article 14.7 sur toute question de droit.

(3) Sur un appel d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 14.7 la cour d'appel peut

a) casser cette ordonnance ou ordonner une nouvelle audition; ou

b) rejeter l'appel.

(4) Sur un appel du rejet d'une demande d'ordonnance aux termes de l'article 14.7, la cour d'appel peut

a) admettre l'appel, et:

(i) par ordonnance, ordonner que le détenu ne soit pas remis en liberté, par suite uniquement d'une réduction de peine, y compris une réduction de peine méritée, avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi, ou

(ii) ordonner une nouvelle audition; ou

b) rejeter l'appel.

(5) Le jugement de la cour d'appel admettant l'appel conformément à l'alinéa (4)a) et ordonnant que le détenu ne soit pas remis en liberté à la même vigueur et le même effet que s'il s'agissait d'une ordonnance rendue par la cour en vertu de l'article 14.7.

(6) Les dispositions de la Partie XVIII relatives à la procédure sur appels s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux appels prévus par le présent article.

14.9 La cour qui, conformément à l'article 14.7, ordonne qu'un détenu ne soit pas remis en liberté, doit ordonner que soit remis au solliciteur général du Canada, à titre d'information, avec les notes sténographiques du procès, copie des rapports et témoignages des psychiatres, psychologues ou criminologues, ainsi que

the trial of the dangerous offender be forwarded to the Solicitor General of Canada for his information.”

7. *Page 2, clause 4*: Strike out line 30 and substitute the following:

“4. Subsection 15(2) of the *said Act* is”

8. *Page 4, new clause 8*: Add, immediately after line 9, the following heading and section:

PERIOD IN FORCE

8. Subsections 24(3) to (5) of the *Penitentiary Act*, as enacted by subsection 2(2) of this Act and paragraph 9(a.1) and sections 14.1 to 14.9 of the *Parole Act*, as enacted by sections 3.1 and 3.2, respectively, of this Act shall cease to be in force three years after the coming into force of this Act.”

Respectfully submitted,

des observations faites par la cour, portant sur les motifs de l'ordonnance.»

7. *Page 2, article 4*: Remplacer les lignes 27 et 28 par ce qui suit:

«4. le paragraphe 15(2) de ladite loi est»

8. *Page 4, nouvel article 8*: Ajouter immédiatement après la ligne 11 ce qui suit:

«ENTRÉE EN VIGUER ET EXPIRATION»

«8. Les paragraphes 24(3) à (5) de la *Loi sur les pénitenciers*, tels qu'édictees par le paragraphe 2(2) de la présente loi, et l'alinéa 9(1)a.1) et les articles 14.1 à 14.9 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, tels qu'édictees, respectivement, par les articles 3.1 et 3.2 de la présente loi, cessent d'avoir effet trois ans après l'entrée en vigueur de la présente loi.»

Respectueusement soumis,

La présidente

JOAN NEIMAN

Chairman

EVIDENCE

Ottawa, Tuesday, June 14, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 4 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (Chairman) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, I offer my apologies to our witness today, Professor Stanley Schiff, of the Faculty of Law at the University of Toronto, not only because there are so few members who are able to be here today, but also because on at least one other occasion I have had to ask him to change the date of his appearance because of conflicting meetings at an earlier stage in the course of our hearings.

We are pleased to have you with us here today, Professor Schiff. We have had your brief for a few weeks, and it was circulated by the clerk to all the members. I understand that you simply want to speak to certain parts of it.

Before that, I would entertain a motion that the brief in its entirety be appended to the *Minutes of Proceedings* today.

Senator Deschatelets: I so move.

The Chairman: Is that agreed?

Hon. Senators: Agreed.

The Chairman: Professor Schiff, would you like to start?

Professor Stanley Schiff, Faculty of Law, University of Toronto: Thank you very much, Madam Chairman. My message to this committee is set out at the outset of my brief, and that message is this, that this is a bad bill in principle and in specific content, and it should not be enacted.

First let me address briefly the principle. It is my conclusion that Canada does not need and Canada should not have what is substantially a statutory statement of the law of evidence. Judges of our courts have traditionally created and moulded the law of evidence, and, because this is the law governing how information is funnelled to and used by triers of fact in court, judges are supremely suited as experts to create and adapt the laws of evidence to social need.

However, the statutory restatement that this bill contains will inevitably stifle common law judicial creativity, will replace it with judicial interpretation of statutory language, so instead of taking it trial problem by trial problem, with flexible judge-made rules and doctrines, counsel in court will be obliged to deal with provisions in the statute that, since they have been frozen into authoritative words, may not yield to the needs of the problems at hand through time.

Even worse, this bill does not purport to give us a self-contained code. Instead, it leaves open the application of common law doctrine when the very many provisions do not speak to

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mardi 14 juin 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le bill S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, se réunit aujourd'hui à 16 heures pour étudier le projet de loi.

Le sénateur Joan Neiman (président) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, je tiens à présenter mes excuses à notre témoin d'aujourd'hui, M. Stanley Schiff, professeur de droit à l'université de Toronto, non seulement parce que nous ne sommes guère nombreux à la séance d'aujourd'hui, mais également parce que j'ai dû déjà lui demander de changer la date de sa comparution à cause d'incompatibilités d'horaire dans le programme de nos séances.

Monsieur Schiff, nous sommes très heureux de vous accueillir aujourd'hui parmi nous. Nous avons reçu votre mémoire il y a quelques semaines, et le greffier l'a distribué à tous les membres du Comité. Vous m'avez dit que vous vouliez simplement en aborder ici certains éléments.

Avant cela, j'aimerais obtenir une motion pour que votre mémoire soit intégralement annexé au procès-verbal d'aujourd'hui.

Le sénateur Deschatelets: Je propose une motion en ce sens.

Le président: Êtes-vous d'accord?

Des voix: D'accord.

Le président: M. Schiff, nous vous écoutons.

M. Stanley Schiff, professeur à la faculté de droit de l'université de Toronto: Je vous remercie, madame le président. Ce que j'ai à dire au Comité apparaît au début de mon mémoire; en quelques mots, j'estime que ce projet de loi est mauvais dans son principe comme dans sa forme, et qu'il ne devrait pas être adopté.

Considérons-le tout d'abord brièvement dans son principe. J'en suis venu à la conclusion que le Canada n'a pas besoin d'un énoncé statuaire du droit de la preuve; ce droit a été créé et façonné par les tribunaux, et comme il s'agit du droit qui régit les modalités d'acheminement et d'utilisation des renseignements par le juge des faits, c'est à celui-ci qu'il incombe de le façonner et de l'adapter aux besoins de la société.

En figeant le droit de la preuve dans une forme légale, ce projet de loi va inévitablement étouffer le dynamisme créatif de la common law, et le remplacer par une interprétation judiciaire d'un texte législatif, si bien qu'au lieu de procéder cas par cas, en bénéficiant de la souplesse des règles et des doctrines élaborées par les juges, les avocats vont devoir s'accommoder de dispositions légales dont le caractère impératif risque d'être incompatible avec les nécessités que comporteront les problèmes à régler.

De surcroît, ce projet de loi ne vise pas à nous doter d'un code complet et autonome. Bien au contraire, il ménage la possibilité d'appliquer la doctrine de la common law dans les

[Text]

some matters. So, the result is that counsel in court will have to try to figure out how the statutory provisions dovetail with the still existing small body of common law that is left open, with no indications in the statute itself of just how and where this is to be done.

Inevitably, the efforts of trial judges to interpret the language of the statutory provisions in this enactment, and to weave together the legislation and the common law which is left in place, will be challenged on appeal in our appellate courts, the body of case law will inevitably build, and, if the American experience is any guide, a weighty body of case law will soon be upon us, ever-growing, spawning weighty volumes of scholars' commentaries, so the hope that one piece of legislation will solve all the problems is obviously doomed, inevitably doomed, to be dashed.

These risks, these dangers and these inevitabilities might be justified if the existing common law of evidence across Canada were so defective, so flawed, that judges, acting in the traditional common law fashion, could not repair that body of law. But that is not the case in this country. Most of the common law evidence doctrine in Canada is tolerably wise; it works well enough; it is reasonably operative. The rest, for the most part, can be reformed by the judges' own creative powers put into action. Particularly in the last decade, the judges of this country have been active in this area, where they are supremely expert: for examples, reform of the hearsay rule and of the opinion rule by the Supreme Court of Canada, reform of the law respecting evidence of character and psychiatric propensity by the Court of Appeal of Ontario. They are just four different examples.

It appears that our reformers, our law reform commissions, our Task Force on Uniform Rules of Evidence, have looked south of the border and seen that there has been widespread codification in the United States. That is an example to be followed, so our reformers have thought. I am of the contrary opinion. That should not be our guide in this country. Either a guide should cause us to conclude that legislative restatement is a good thing in and of itself, or a guide that Canadian evidence law is so defective that, good or bad, legislative restatement is the wise remedy.

I say the American example should not be followed because the Americans have had difficult problems with their body of evidence law that Canadians do not have, problems to which their reformers and their constitutional and legal system responded with codes. They were solving peculiarly American problems. It would be cultural colonialism of the very worst kind to emulate the Americans in this respect just because American reformers have chosen to respond to peculiarly American problems with codes of evidence law. What I am saying there is, not that we should refuse to follow the Americans because they are American, but we should refuse to follow the Americans if our problems are different and do not yield necessarily to the same solutions. That is my message in that respect.

I think it is instructive that Mr. Justice Murray, who was the one and only judge on the federal-provincial Task Force on

[Traduction]

cas où ses très nombreuses dispositions laisseront une question sans réponse. De sorte qu'au procès, l'avocat devra essayer de voir de quelle façon les dispositions de la loi s'articulent avec les quelques éléments qui subsistent de la common law, sans avoir exactement, d'après la loi, de quelle façon il devra procéder.

Les décisions des juges qui vont interpréter les dispositions de ce projet de loi et tenter de les harmoniser avec les éléments de common law qui restent applicables, vont être contestées devant nos tribunaux d'appel; une jurisprudence va inévitablement se constituer; et si l'on peut se fier à l'expérience américaine, nous aurons bientôt affaire à une jurisprudence considérable, qui va constamment grossir et se répandre en énormes volumes de commentaires d'arrêts, ce qui réduit pratiquement à néant l'espoir de résoudre tous les problèmes grâce à cette loi.

Tous ces risques et ces dangers pourraient être justifiés si dans l'ensemble du Canada, le droit de la preuve en common law comportaient d'énormes lacunes, au point que les juges ne puissent restaurer cet élément de notre droit par les voies traditionnelles de la common law. Mais ce n'est nullement le cas. Dans l'ensemble, le régime de la preuve dans la common law est assez satisfaisant et donne d'assez bons résultats. Pour le reste, on pourrait s'en remettre aux pouvoirs réformateurs des juges. Ainsi, depuis dix ans, les juges canadiens ont fait remarquablement progresser cette branche du droit dans laquelle ils excellent, comme en témoignent notamment les réformes entreprises par la Cour suprême à propos du oui-dire et de l'opinion personnelle, et les réformes des règles concernant la preuve en matière de moralité et de problèmes psychiatriques, entreprises par la Cour d'appel de l'Ontario, pour ne citer que ces quatre exemples.

Il semble que les réformateurs, les commissions de réforme du droit et le groupe de travail sur l'uniformisation des règles de preuve se soient inspirés de l'exemple américain, caractérisés par un effort de codification. Nos réformateurs y ont vu un exemple à suivre. Quant à moi, je suis de l'avis contraire. L'exemple américain ne devrait pas être suivi dans notre pays. Nous ne devons pas en conclure qu'une reformulation par voie législative est une bonne chose en soi, ni que le droit canadien de la preuve est défectueux au point qu'une réforme législative s'impose coûte que coûte.

J'estime que nous n'avons pas à suivre l'exemple américain, car aux États-Unis le régime de la preuve a posé des problèmes qui ne se posent pas chez nous, et que les systèmes constitutionnel et juridique ont tenté de résoudre par la codification. Il s'agissait de résoudre des problèmes spécifiquement américains. Ce serait s'infliger le pire forme de colonialisme culturel que de vouloir imiter les Américains dans ce domaine, sous prétexte que les réformateurs américains ont décidé de résoudre des problèmes spécifiquement américains en codifiant le droit de la preuve. Je veux dire par là qu'il ne s'agit pas de refuser de suivre les Américains simplement parce qu'ils sont américains, mais qu'il faut refuser de les suivre dans la mesure où nos problèmes sont différents des leurs, et où ils n'appellent pas nécessairement les mêmes solutions. Voilà ce que je voudrais dire à cet égard.

Vous remarquerez, que le juge Murray, qui était le seul juge parmi les membres du groupe de travail fédéral-provincial sur

[Text]

Uniform Rules of Evidence Act, which produced the Uniform Evidence Act, agreed substantially with the criticisms I have made in his dissenting report. You can find his dissent in the report of the Federal-Provincial Task Force at the end, and sprinkled through it at the ends of chapters Mr. Justice Murray has critically commented on what his brothers and sisters on the committee were doing as they went along, recognizing, stage by stage, that codification was the inevitable and ultimate result of what the task force was doing. At the end, when they were all done, he, the one professional judge, said, "No, you have just done it all wrong." The one lonely voice.

From that I turn very briefly to content. Here I have dealt with many of the major defects section by section in my brief. I would be quite content to go through the sections, the very many of them that I have commented on, but I can leave that, unless someone wishes to ask questions on it. What I will do in these remarks is merely introduce those matters by repeating my criticisms of the underlying research of the Federal-Provincial Task Force upon which this bill is immediately based, and the overview of the report of the task force made by the Uniform Law Conference.

I say in my brief, and I repeat here, that it is in many respect very shallowly researched, and the shallow research has resulted in badly conceived provisions or recommendations for no provisions. In numbers of instances, there is the assumption by the Task Force that the latest word from a judge or judges is wise, and that results in statutory provisions that freeze the latest word, at least the latest word as of 1979 and 1980 when the report was drafted, into immutable law in statute. In some instances there are attempts to render the current common law as of 1979 into statutory form, and those result in provisions in the bill that misstate what the common law position actually is.

Finally, in some instances it is surprising, I think, when the report was put forward as the result of many years of painstaking research, that the Uniform Law Conference, with little or no research, and no independent thought in many instances, rejected some sensible recommendations on the floor of the Uniform Law Conference meeting and substituted their own. These, in some instances, are reflected in this bill.

So those are my submissions in introduction, Madam Chairman, simply taking me up to where, in my brief, I start looking at specific clauses of the bill.

The Chairman: Thank you, Professor Schiff.

Senator Godfrey: I do not believe that I am really equipped at this point to go into all of your specific objections, because those have to be studied by experts in the department. However, your appearance here means that your comments will be on the record and your suggestions will not be overlooked. Your general objection to the bill is not new. We have had other people making the same point. I must confess that I am a little confused at this point. How much variation was there in the law of evidence between the various provinces? Was there much significant variation?

[Traduction]

l'uniformisation des règles de preuve, dont émane la Loi uniforme sur la preuve, reprend en grande partie, dans son rapport de dissidence, les critiques que j'ai moi-même formulées. Vous trouverez son point de vue à la fin des différents chapitres du rapport du groupe de travail fédéral-provincial; M. le juge Murray a analysé de façon critique la démarche des membres du comité, tandis qu'il constatait, étape après étape, que les travaux du groupe allaient inévitablement déboucher sur la codification des travaux du groupe. Une fois les travaux terminés, le juge a dit: «Non, vous vous êtes fourvoyés d'un bout à l'autre.» Il était seul dissident.

Je ferai maintenant une courte digression sur le contenu. J'ai trité dans mon mémoire des principales lacunes, article par article. Je serais disposé à revoir les articles, dont j'ai commenté un grand nombre, mais je m'abstiendrai, à moins que quelqu'un n'ait des questions. Je me bornerai à introduire les sujets en reprenant les critiques que j'ai formulées sur la recherche du groupe de travail fédéral-provincial sur laquelle ce projet de loi est fondé et en effectuant un survol du rapport du groupe de travail rédigé par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.

Comme je l'ai dit dans mon mémoire, la recherche demeure superficielle à bien des égards, ce qui a produit des dispositions mal conçues ou des recommandations qui n'ont pas été suivies de dispositions. Dans certains cas, le groupe de travail prend pour acquis que les dernières décisions judiciaires sont avisées d'où des dispositions statutaires qui figent ces dernières décisions sous forme de loi immuable, du moins les décisions de 1979-1980 au moment où le rapport a été rédigé. Dans certains cas, on a tenté de codifier la common law telle qu'elle était en 1979, d'où la présence dans le projet de loi de dispositions qui présentent une image fautive de l'état actuel de la common law.

Enfin, il est surprenant de constater que, après le dépôt du rapport qui faisait suite à de nombreuses années de recherche ardue, la Commission d'uniformisation du droit, après n'avoir effectué que peu ou pas de recherches et sans avoir de pensée indépendante à bien des égards, ait rejeté certaines recommandations fondées, lors de la réunion de la Conférence d'uniformisation du droit, pour y substituer ses propres vues. Le projet de loi reflète certaines de ces vues.

Madame la président. Vous avez entendu ma déclaration préliminaire, suivie, dans mon mémoire, d'un examen de certaines dispositions précises du projet de loi.

Le président: Je vous remercie, professeur Schiff.

Le sénateur Godfrey: Je ne crois pas être en mesure, à l'heure actuelle, d'aborder vos objections car elles devront être soumises à l'étude d'experts du ministère. Toutefois, puisque vous avez comparu, vos observations seront portées au compte rendu et vos recommandations ne seront pas ignorées. Votre opposition générale au projet de loi n'est pas nouvelle. D'autres l'ont manifestée avant vous. J'avoue que je suis un peu embarrassé. Quelle différence y a-t-il entre le droit de la preuve des diverses provinces? Y a-t-il des différences importantes?

[Text]

Professor Schiff: The basic law of evidence is much the same throughout the whole common law world. I have been teaching courses on evidence for 17 or 18 years, and my material spans the common law world by using American, Australian, Canadian and English cases demonstrating a principle and how it is handled in various places.

So there is a common body of doctrine springing from a common sense of what a trial is supposed to be all about. In Canada there is not much difference in the common law of evidence province by province. What there have been are variations—small, I might say—when there has been statutory change from province to province; but even there very often one province will lead with specific legislation and other provinces will pick it up and adopt it almost word for word, or sometimes with minor variations. That has been particularly the case more recently; but as for great variations province by province, I do not see it.

Of course, we have in this country something that the Americans do not have, namely, a Supreme Court, where important matters can go, if necessary, and as a result of which the highest court in the land decides how the law of the country should be interpreted. That has been happening with increasing frequency, interestingly enough, over the last decade. I am publishing a second edition of my book on evidence law, and I cannot keep up with the Supreme Court. It came down at Christmas time with a case on opinion evidence, which said something sane, sensible and wise, that is going to dictate how judges treat the problem across the country.

Senator Godfrey: You mentioned that in the Ontario Court of Appeal there was a recent decision which was a step forward in the law evidence. What effect will that have on the other provinces? Would that ordinarily be adopted by the other provinces? What influence does one Court of Appeal have on another?

Professor Schiff: In our common law system in Canada, no appellate court decision of one province binds the appellate court of any other province. It depends on the persuasive impact of a particular decision. It so happens that the decisions I have in mind are both unanimous decisions of the Court of Appeal of Ontario and written by Mr. Justice Arthur Martin. Mr. Justice Arthur Martin is one of the great scholars on bench. Unfortunately he is retiring in about two weeks. He wrote at length in both instances I have in mind, and there is a little doubt in my mind that every other court in the country will pay a great deal of attention to it.

One of the cases I have in mind—namely, MacMillan—went to the Supreme Court of Canada, and the Supreme Court, by the strongest implication said “We agree with every comma, period and dash in this, and it is all over; Arthur Martin has stated the law”. The Supreme Court dismissed the appeal and, in the course of dismissing it, adopted everything he said.

In another instance—namely, admissible evidence of character of the victims of crime—it did not go to the Supreme Court, so far as I know, but I cannot believe that other

[Traduction]

M. Schiff: Fondamentalement, le droit de la preuve est le même dans tous les pays de common law. J'ai enseigné le droit de la preuve pendant 17 ou 18 ans et je me suis fondé sur la jurisprudence américaine, australienne, canadienne et anglaise pour démontrer un principe et l'utilisation qu'on en fait d'un droit à un autre.

Il existe donc une doctrine commune, fondée sur une conception commune de ce qu'est un procès. Au Canada, la common law ne varie pas beaucoup d'une province à l'autre. Il y a bien eu des différences, mineures, résultant de modifications que les provinces ont apportées aux lois; mais même dans ce cas, il arrive souvent qu'une province adopte la première une loi et que les autres suivent et reprennent la même loi mot pour mot ou à peu près. Ça a été le cas, particulièrement ces derniers temps. Mais je ne vois pas qu'il y ait de différences majeures d'une province à l'autre.

Evidemment, nous avons une institution qui, aux États-Unis n'est pas la même, à savoir une Cour suprême à laquelle on peut soumettre, au besoin, les questions importantes de sorte que le plus haut tribunal du pays décide de l'interprétation à faire de la loi. Il est intéressant de noter qu'au cours de la dernière décennie on s'est adressé à la cour suprême à cette fin de plus en plus souvent. Je publie une seconde édition de mon livre sur le droit de la preuve et je ne réussis pas à garder le rythme de la Cour suprême. Vers Noël, la Cour suprême a rendu une décision dans une affaire d'expertise; cette décision, qui était censée et sage, a établi la ligne de conduite que les juges de ce pays devront dorénavant suivre à cet égard.

Le sénateur Godfrey: Vous disiez que la Cour d'appel de l'Ontario a récemment rendu une décision qui a fait avancer le droit de la preuve. Quel effet cette décision aura-t-elle sur les autres provinces? Quelle influence les cours d'appel exercent-elles les unes sur les autres?

M. Schiff: D'après la common law canadienne, un jugement rendu par une cour d'appel d'une province ne lie aucune-ment une cour d'appel d'une autre province. Le tout dépend de l'effet de persuasion du jugement en question. Il se fait que les jugements auxquels je pense ont fait l'unanimité de la Cour d'appel de l'Ontario et ont été rendus par le juge Arthur Martin. Ce dernier est l'un des grands spécialistes de notre cour. Malheureusement, il va prendre sa retraite dans environ deux semaines. Il a beaucoup écrit sur les deux causes en question et il y a peu de doute, à mon avis, que toutes les autres cours du pays porteront une grande attention à ces deux jugements.

L'une de ces causes, la cause MacMillan, a été portée devant la Cour suprême du Canada et les juges de cette dernière ont dit: «Nous souscrivons à chaque virgule, à chaque point et à chaque tiret de ce jugement; nous ne trouvons rien à redire car Authure Martin a exprimé la loi», ce qui en dit long. La Cour suprême a rejeté l'appel et, dans son jugement, elle s'est rangée entièrement à l'opinion du juge Martin.

Dans un autre cas, où il était notamment question de la recevabilité d'une preuve de la moralité de la victime du crime, le jugement n'a pas été renvoyé à la Cour suprême, pour

[Text]

appellate courts, faced with the same problem, will not find what Arthur Martin says supremely persuasive.

The advantage there, if I may say so, is that wisdom is then left unbridled, in the sense that an Arthur Martin is not stuck by the parameters set out in the statute into which the facts of a case must be fitted. He can think and do research, listen to counsel's argument, respond to what justice demands—what previous cases demand—and then give an argument responding to all of this which attempts to handle the problem at and; and the wisdom of it then lends itself to adoption by others who recognize the wisdom and can use it in slightly different fact situations to build further. That is the joy of the common law system. Wise judges thinking of problems, persuading brothers in other provinces that is how the problem should be handled, enact any provision at any given point in time, as a sort of be-all-and-end all, and you stop; and instead of an Arthur Martin thinking and worrying and trying to do the best he can with that problem, he then looks to, say, section 261, subclause (a) and says "What does that mean? What has the legislature told me to do?" It is a different process.

Senator Godfrey: Are you suggesting that judges in our Court of Appeal are not bound by a *stare decisis* to the same extent that they used to be?

Professoor Schiff: Yes, they do. In the examples I have in mind, Arthur Martin was faced with a situation where there was no binding precedent. They were some American cases and a little bit of English case law. But nothing like this had come up before. He thought about it, he read commentators on it, and simply fashioned the rule as best he could. What is interesting—this happened about three years ago—is that the Uniform Law Conference dealt with this. The task force purported to render what he was saying into the Uniform Evidence Act. But when it got to the Uniform Law Conference, they rejected it and amended it in such a way that Mr. Justice Martin's reasoning was squeezed right in and changed considerably. So what Mr. Justice Martin had said—based on the research he had done, and so on—would effectively, if this law were enacted, be legislated out of existence—which I find sad, because what it is replaced with is a much less wise provision. I mention it in my brief. It is one that, with all due respect to the Uniform Law Conference, some have labeled as "Crown-minded."

The Chairman: What is the specific point of reference? What is the section to which you are referring?

Professor Schiff: It is section 28. I refer to it in paragraph 29 on page 10 of my brief.

[Traduction]

autant que je sache, et je ne peux croire que d'autres cours d'appel, placées devant le même problème, ne trouveront pas extrêmement persuasifs les arguments du juge Arthur Martin.

L'avantage dans un pareil cas, si je puis dire, c'est qu'on laisse libre cours à la sagesse; en effet, Arthur Martin n'est pas limité par les paramètres établis dans la loi et à l'intérieur desquels les faits pertinents doivent se situer. Il peut réfléchir et faire des recherches, écouter les arguments des avocats, faire ce que la justice exige—ce que les précédents exigent—et rendre ensuite un jugement qui tient compte de tout cela et qui résout également le problème; et ces jugements sages sont ensuite adoptés par d'autres juges ou tribunaux qui reconnaissent leur bien-fondé et qui peuvent s'en inspirer dans des causes où les faits sont légèrement différents pour constituer leurs propres jugements. Voilà l'immense avantage du système de la common law: des juges sages réfléchissant aux problèmes, persuadant leurs confrères des autres provinces que tel moyen de les régler est le meilleur, adoptent telle ou telle disposition de la loi à un certain moment donné, de telle sorte qu'on est obligé de s'y reporter par la suite; et Arthur Martin, au lieu de réfléchir, de s'inquiéter et de tâcher de résoudre les problèmes au mieux, doit se reporter à l'article 261, alinéa a), par exemple, et se demander «Qu'est-ce que cela signifie? Qu'est-ce que les législateurs veulent que je fasse?» C'est une toute autre façon de procéder.

Le sénateur Godfrey: Voulez-vous dire que les juges de notre Cour d'appel ne sont plus liés dans la même mesure qu'auparavant par le respect des décisions rendues et des précédents?

M. Schiff: Non, ils sont liés. Dans les exemples que je vous ai donnés, le juge Arthur Martin se trouvait dans des situations où il n'y avait aucun précédent ni aucune décision antérieure à respecter. Il existait bien certains cas aux États-Unis et quelques rares précédents en Grande-Bretagne, mais aucune affaire de ce genre n'avait été jugée auparavant. Il a donc réfléchi à la question, il a lu ce que des commentateurs en disaient et il a simplement façonné la meilleure règle de droit qu'il pouvait imaginer. Cela s'est passé il y a environ trois ans et ce qui est intéressant, c'est que la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit en a discuté. Le groupe de travail voulait intégrer ce qu'il disait dans la Loi sur la preuve uniforme. Mais la Conférence a rejeté cette règle et l'a amendée de telle manière que le raisonnement du juge Martin s'en est trouvé considérablement modifié. Ainsi, si le projet de loi devait entrer en vigueur, ce que le juge Martin avait dit après avoir fait des recherches et avoir beaucoup réfléchi serait effectivement supprimé à jamais, ce que je trouverais déplorable parce qu'on le remplacerait par une disposition beaucoup moins sage. J'en parle dans mon mémoire. C'est une disposition que, avec tout le respect que je dois à la Uniform Law Conference, certains ont qualifiée de «favorable à la Couronne».

Le président: Quelle est cette disposition? De quel article parlez-vous?

M. Schiff: Je parle de l'article 28, ou du paragraphe 29 de mon mémoire, à la page 10.

[Text]

The Chairman: Where I cannot follow your argument entirely is that *stare decisis* is, by its very nature, inflexible. That is the whole point of it. You have given excellent examples of judgments of Mr. Justice Martin, which will and should be followed. But we all know that there have been bad judgments that are equally binding and equally inflexible. It seems to me that good judges have always been resourceful enough to try to find their way around bad judgments, even if they cannot always do so. They can do the same thing here.

If that were the only objection you had, then I would not find it terribly persuasive, because I feel that, if the attempt at collating the law of evidence were in fact unobjectionable in certain particulars, the objective it is looking toward is not bad in itself. I am not persuaded that it is or will become inflexible. In my opinion judges will still be able to look at the words there and to interpret them as the circumstances demand. They have done that in the past and they will continue to do so. They have always been able to do that with our law, whether it was common law or statutory law.

Professor Schiff: I look at how judges are reacting in the 1980s. There has been, I think, since I was first a law student, a considerable tendency on the part of judges to stop pretending. Perhaps it is simply part of the increasing honesty of our society or perhaps it is because judges have grown up at a time when people are more skeptical, but I see the tendency of judges to stop pretending that they are not really changing the law or that the distinction makes sense when everybody with two eyes can see that it does not make sense.

I find, as I read the judgments, judges are simply saying, "No. That doctrine of such-and-such a judge in such-and-such a case in such-and-such a court I will not distinguish. I will say that it is wrong. It is wrong for the following reasons, and I will either overrule it or I will not follow it."

Judges are not inflexible. *Stare decisis* dictates that for the sake of being able to predict the future, for the sake of public respect or the stability of the law, judges should generally follow what has been laid down before, but *stare decisis* cannot and must not dictate perpetuation in perpetuity of error.

As I see it happening, our judges are saying more and more, "No, that last case was wrong," or a case 10 years ago, 20 years ago or 30 years ago was wrong. "It does an injustice. We are going to do what is right." I can give you examples right now not only from the Supreme Court of Canada, but from all the courts in our country, where more of our judges are honestly saying that in their reasons for judgment, attempting to do what is right, with recognition of the previous case law and recognition of the previous case law and recognition of the demands of fairness to the parties and the stability of law, but with clear recognition that justice must be done.

[Traduction]

Le président: Là où je ne vous suis plus, c'est que le respect des décisions rendues et des précédents est, par sa nature même, inévitable. Tout est là. Vous nous avez donné d'excellents exemples de jugements rendus par le juge Martin, des exemples qui devraient être suivis et qui le seront. Mais nous savons tous qu'il y a eu de mauvais jugements par lesquels les juges sont également liés et qui ne permettent aucune flexibilité. Il me semble que les bons juges ont toujours eu assez de compétence pour trouver le moyen de contourner les mauvais jugements rendus antérieurement, bien qu'il ne soit pas toujours possible d'agir ainsi. Ils pourraient faire la même chose ici.

Si c'est là votre seule objection, je ne la trouve pas terriblement persuasive parce que je crois que, si toutes les tentatives de codification de la Loi sur la preuve sont contestables à certains égards, l'objectif qu'elles visent n'est pas mauvais en soi. Je ne suis pas certain que la loi ne laisse ou ne permettra aucune flexibilité. À mon avis, les juges seront encore capables d'interpréter la loi selon ce qu'exigeront les circonstances. C'était le cas jusqu'à maintenant et il continuera d'en être ainsi. Les juges ont toujours été en mesure d'interpréter le droit, qu'il se soit agi de la common law ou du droit écrit.

M. Schiff: Je m'intéresse à la façon dont les juges réagissent dans la présente décennie. Depuis l'époque où j'étudiais le droit, il s'est dessiné chez eux une tendance marquée à cesser de jouer au magistrat. Peut-être cela est-il simplement attribuable à l'honnêteté de plus en plus grande de notre société ou au fait que les juges doivent exercer leurs fonctions dans un contexte où les gens semblent de plus en plus sceptiques, mais je constate chez les juges cette tendance à arrêter de prétendre qu'ils ne changent pas réellement la loi ou que cette distinction a du sens lorsque tout le monde de bonne foi voit qu'elles n'en a pas.

À mesure que je lis des jugements, je constate que les juges refusent simplement de citer la doctrine de tel juge dans telle affaire à tel tribunal parce que celui-ci se serait trompé pour les raisons suivantes, et qu'ils contredisent ce jugement ou ne le suivent pas.

Les juges sont capables de faire preuve de souplesse. Le *stare decisis* exige que les juges respectent généralement la jurisprudence établie pour que nous soyons en mesure de prévoir l'avenir et afin d'assurer le respect public de la loi ou la stabilité du droit, mais cette doctrine ne peut pas et ne doit pas dicter la perpétuation de l'erreur.

À ce que je constate, nos juges disent de plus en plus que la décision rendue dans la dernière affaire ou dans une affaire d'il y a 10 ans, 20 ou 30 ans, était erronée, qu'il y avait une injustice et qu'ils vont la corriger. Je peux vous donner tout de suite des exemples de la Cour suprême du Canada, et même de tous les tribunaux du pays, où de plus en plus de juges disent honnêtement que les motifs qui les ont amenés à rendre telle ou telle décision reconnaissent la jurisprudence ainsi que le besoin d'équité envers les parties et la stabilité du droit mais disent clairement que justice doit être faite.

[Text]

That is possible, even probable, in a common law regime. It is not necessarily impossible in a statutory regime, but it depends on how broadly worded the provisions are.

As I look at Bill S-33, many of the provisions are very narrowly worded. Judges will have one hell of a time getting round anything they may conclude in due course is unwise. They are sworn to uphold the law. A judge, with all respect, who says, "I don't like section 45, subsection (2), of the Canada Evidence Act, 1983. I am going to pretend that some of the words aren't there," to me is not only intellectually dishonest, but is, putting it mildly, tampering with his duty to uphold the law.

I could not endorse enactment of legislation which I thought was unwisely conceived and unwisely drafted because I thought that a tough, strong-minded judge, could be counted on to say in due course, "Well, I can get round this provision by interpreting it out of the way." That to me is not enactment which I could endorse.

Senator Godfrey: Sitting back here listening to you I think you are contradicting yourself. Twenty or twenty-five years ago one of the most respected judges in the Court of Appeal told me, "I listen to a case and decide which party has the merits on his side. I am a good enough lawyer that I can write a judgment to get round it," and so on and so forth. I think that is the way judges operate.

I have not seen much distinction between interpreting statutory provisions and interpreting the common law in that respect.

One of the best examples I can remember is the case in the Supreme Court of Canada having to do with changing the Senate. The section in the Constitution seemed quite clear to me, and yet they were so ingenious and were such great lawyers that they were able to get around that without any problem at all. It was plain English, but they decided that the government did not have the power to do it.

Consequently, I am a little less pessimistic and less disapproving, because I don't see the distinction you are making.

I agree that they will admit more publicly now that what they are doing is changing the law, but is there any real distinction between getting round a decision which is supposed to be followed under the rules, except in the Supreme Court of Canada which was announced that it will not be bound by *stare decisis*, and doing it your way? Surely all the other courts in Canada are bound by *stare decisis* and they are doing the same thing in getting their ingenious minds to work on the statutes. I don't quite see the distinction when you say one is right and one is not.

Professor Schiff: Well, sir, with respect to *stare decisis*, at least the Court of Appeal of Ontario and the Court of Appeal of British Columbia, and I am sure many of the other courts, have said they will not necessarily be bound by their own decisions, if they think they are wrong. The Supreme Court of Canada has certainly said that.

[Traduction]

Cela est possible, et même probable, dans un régime de *common law*, mais ce n'est pas nécessairement impossible dans un régime de lois; cela dépend de la formulation plus ou moins générale des dispositions de la loi.

Or, comme je regarde le projet de loi S-33, je constate que de nombreuses dispositions sont très restrictives. Les juges n'ont pas fini de se triturer les méninges pour trouver des arguments que leur permettront de contourner la loi; ils ont juré de la respecter. Sauf le respect que je lui dois, tout juge qui dirait: «Je n'aime pas l'article 45, paragraphe 2, de la Loi fédérale de 1983 sur la preuve et je vais «oublier» quelques mots», n'agirait pas seulement de façon malhonnête sur le plan intellectuel mais, pour le dire poliment, manquerait à son devoir de faire respecter la loi.

Je ne pourrais appuyer la promulgation d'une loi que j'estimerais être mal conçue et mal rédigée en espérant qu'un juge droit et ferme en vienne à déclarer qu'il pourrait contourner telle ou telle disposition en l'interprétant d'une certaine façon. Je ne pourrais appuyer une telle loi.

Le sénateur Godfrey: À vous écouter ici, je crois que vous vous contredisez: il y a 20 ou 25 ans, un des juges les plus respectés de la Cour d'appel me disait qu'après avoir entendu une cause, il était suffisamment bon juriste pour rédiger un jugement en faveur de la partie qui était le plus de bonne foi, peu importe le libellé de la loi. Je crois que c'est ainsi que les juges procèdent.

À cet égard, je n'ai pas constaté de distinction bien grande entre l'interprétation des dispositions d'une loi et l'interprétation du *common law*.

Un des meilleurs exemples dont je peux me souvenir est celui de la Cour suprême du Canada dans la question de la réforme du Sénat. L'article pertinent de la Constitution me semblait très clair et pourtant, ils ont été si subtils et si intelligents qu'ils ont réussi facilement à le contourner. Cet article était rédigé en langage clair, mais ils ont décidé que le gouvernement n'avait pas le pouvoir de modifier le Sénat.

Par conséquent, je suis un peu moins pessimiste et par conséquent plus porté à approuver votre point de vue, parce que je ne comprends pas la distinction que vous faites.

Je conçois qu'ils vont l'admettre publiquement maintenant qu'ils changent la loi, mais y a-t-il une distinction réelle entre contourner une décision censée reposer sur des règles de droit, sauf dans le cas de la Cour suprême du Canada qui a annoncé qu'elle ne serait pas liée par le *stare decisis*, et le faire de la façon que vous le proposez? Certainement que toutes les autres cours du Canada sont liées par le *stare decisis* et qu'elles font la même chose en faisant travailler leur génie à modifier les lois. Je ne vois pas très bien la distinction lorsque vous dites qu'une façon de procéder est bonne et l'autre pas.

M. Schiff: Eh bien, en ce qui concerne le *stare decisis*, au moins la Cour d'appel de l'Ontario et celle de la Colombie-Britannique, et bien d'autres tribunaux j'en suis certain, ont déclaré qu'ils ne sont pas nécessairement liés par leurs décisions s'ils estiment que ces décisions sont mauvaises. La Cour suprême du Canada a certainement déclaré cela.

[Text]

With respect to your example of the Senate reference, I am no supporter of the mode of reasoning which the Supreme Court of Canada judges used there. I must admit I am no expert there either, having read the case once years ago. I must rely on my constitutional law colleagues who tell me that they have many criticisms on the way in which the Supreme Court went about it.

I can only speak with confidence about the areas in which I have some knowledge, and in this area of evidence law I do find a much greater willingness to put out for public view opinions that the judges have backed up by case law and backed up by thought. These are not, with respect, opinions just backed up by a sort of gut reaction about who is right and who is wrong, but are on paper for all to see and in many instances are brilliantly reasoned. I think they are better reasoned than I have ever read in case law going back 50, 75 or 100 years. Excellent decisions are being delivered by some very fine judges. It is a tribute to the appointing agencies that we have so many good judges and a tribute to the bar that they have yielded so many good judges; but I do see a distinction, sir, between what the judges I am talking of have done, and will continue to do in the areas where they have the authority, the means and the technique of doing it, and statutory interpretation.

The words of a previous judgment of a court are not authoritative. The reasoning is persuasive. The rule, however stated, has the impulse of *stare decisis*, I grant, but it is—and this is part of our common law system—capable of development and capable of being discarded in due course, if it is thought to be wrong.

That is not so with a statute. Parliament speaks and the words are authoritative. The judge must take the words as they are. You are right that he must do so within limits, of course. I would be foolish to deny that. The words do not yield inevitable meanings which cannot change from context to context. Of course not, but they do have a limit. They must be read with reasonable meanings. It is suggested that if judges do not like it they will go beyond the reasonable meanings, or read into it what they think is needed, but that, I repeat, would be improper. You can say that they have done it before and can do so again, but my response to that would be that I do not want them to do it at all. I want them to be faithful to what Parliament tells them to do. They are subordinate to Parliament and must do what is in the legislation, like it or not, within the limits of the words. Therefore, those words had better be good words and well conceived so that they do a very good job.

My concern is twofold, the first being that putting it all into a big statute such as this one, with over 200 clauses, is stopping them from doing the job that traditionally judges have done in this area; secondly, and more specifically, the words chosen to do the particular job clause by clause are not good.

[Traduction]

En ce qui concerne votre exemple du Sénat, je ne suis pas d'accord avec le mode de raisonnement que les juges de la Cour suprême ont utilisé dans cette affaire. Je dois admettre que je ne suis pas un expert dans ce domaine, puisque cette affaire date de plusieurs années déjà. Je dois me fier à mes collègues en droit constitutionnel qui m'ont dit qu'ils avaient plusieurs critiques à formuler sur la façon dont la Cour suprême a réglé cette question.

Je ne peux parler avec assurance que dans les domaines où j'ai quelques connaissances, et dans le domaine du droit de la preuve, je constate qu'on admet bien plus volontiers les décisions que les juges ont rendues suivant la jurisprudence et leur pensée. Sauf le respect que je leur dois, ces décisions ne sont pas simplement formulées à la suite d'une sorte de réaction primaire sur ce qui est bon et ce qui est mauvais, mais figurent sur des documents que tous peuvent examiner et sont, dans de nombreux cas, brillamment dénontrées. J'estime qu'elles sont mieux démontrées que tout ce que j'ai vu dans la jurisprudence depuis 50, 75 ou 100 ans. Nous avons des juges très brillants qui rendent des décisions excellentes. Je rends hommage aux organismes qui nomment de si bons juges et au Barreau qui les produit en si grandes quantités; mais je vois une distinction, Monsieur, entre ce que les juges dont je viens de parler ont fait et continueront de faire dans des domaines où ils ont le pouvoir, les moyens et les techniques pour le faire, et l'interprétation des lois.

Le libellé d'un jugement antérieur d'un tribunal n'a pas force de loi. Le raisonnement agit par la persuasion. Quelle que soit la façon dont elle est formulée, la décision s'appuie sur le *stare decisis*, d'être mise de côté au moment opportun si on l'estime mauvaise, et cela fait partie de notre système de *common law*.

Il n'en est pas de même d'une loi. Le Parlement parle et les mots sont exécutoires. Le juge doit les prendre comme ils sont. Évidemment, vous avez raison de dire qu'il doit le faire à l'intérieur de certaines limites et je ne saurais le nier. Les mots n'ont pas une signification éternelle qui ne peut être changée d'un contexte à l'autre, c'est certain, mais ils ont bel et bien une limite. Ils doivent être lus de façon à avoir une signification raisonnable. On dit que si les juges n'aiment pas tel ou tel mot, ils élargiront son sens au-delà des limites raisonnables ou liront entre les lignes pour statuer sur ce qu'ils estiment vrai, mais cela, je le répète, ne servirait en rien la justice. Vous pouvez dire qu'ils l'ont déjà fait et qu'ils le feront encore, mais ma réponse sera que je refuse d'accepter cela. Je veux qu'ils soient fidèles à ce que le Parlement leur demande de faire. Ils relèvent du Parlement et doivent se plier à la loi, qu'ils l'aiment ou pas, dans les limites du libellé de la loi. Par conséquent, celle-ci doit être bien faite et bien conçue pour que les juges puissent faire un bon travail.

Ma préoccupation est double: d'abord le fait de tout mettre en une seule loi comme celle-ci, avec plus de 200 articles, les empêche de faire le travail qu'ils faisaient traditionnellement dans ce domaine; ensuite, et de façon plus précise, les mots choisis pour obtenir ce résultat, article par article, ne sont pas bons.

[Text]

Senator Godfrey: I gather from what you say that you have a very high opinion of the decisions handed down by the Supreme Court of Canada as they relate to the law of evidence?

Professor Schiff: Some decisions I do, some I do not.

Senator Godfrey: I recall as a law student many years ago that law professors used to be very critical of decisions. Genly speaking, though, you think the decisions of the Supreme Court of Canada, have been of high standing? You have no violent objections to some of the progressive decisions which have been handed down relating to the law of evidence? You do not see them crying out for reform?

Professor Schiff: I am not necessarily in complete agreement with every decision of the court. If I do not like a particular decision, I, like others, can criticize; I, like others, can attempt to educate; I, like others, can attempt to have that changed within the limits of my power. As a law teacher, all I can do is try to educate students, write articles and books, feed them up to the court and tell them that they erred. Judges tell us from time to time that we should tell them when they are doing things wrong because they do want to do things right. They say: "You law professors know—at least you think you know—tell us and we will consider what you say."

So, the plea I make is not born of a sense that everything that the Judges of the Supreme Court of Canada do is exactly to my liking; my plea concerns the fact that they are attempting to do things using intelligence, skill and thought in an attempt to do what is right in the context of this body of evidence law. Sometimes they do things I do not like, but at least they have the power to do it and the power to re-do it if things come out wrong.

I am not just speaking of the Supreme Court of Canada, but of all courts from the bottom to the top.

Senator Godfrey: You have said that there are certain areas where you think there should be legislation setting things out because the process for courts to correct themselves takes a long time.

I recall Dean Wright criticizing the Supreme Court of Canada about a particular case—and I forget the name of the case now since it was so long ago—and it took almost 20 years for that to be corrected. That seems like a long time to have to wait. What is your opinion on that?

Professor Schiff: As I said in my introductory remarks, the state of the body of common law relating to evidence is fairly good. It does nothing, it seems to me, except stultify development to render that into a statute. Why bother? Some have said, "Well, if it is in a statute, everybody can read the statute and know what it is." The trouble with that is that it is a fairly big statute and not everybody is going to read it, and even if they do read it, that leaves out the body of judicial interpretation of the statute which, inevitably, is going to put the gloss

[Traduction]

Le sénateur Godfrey: Je retiens de ce que vous dites que vous avez une très haute estime des décisions rendues par la Cour suprême du Canada en ce qui a trait au droit de la preuve?

M. Schiff: Pour certaines, oui, pour d'autres, non.

Le sénateur Godfrey: Je me rappelle, quand j'étais étudiant en droit il y a de nombreuses années, que les professeurs de droit étaient très critiques des décisions rendues par les juges. Pourtant, de façon générale, vous estimez que la qualité des décisions rendues par la Cour suprême du Canada est très élevée? Vous n'avez donc aucune réserve à l'égard de certaines décisions progressives rendues relativement au droit de la preuve? Vous ne voyez pas les juges trépigner d'impatience en attendant une réforme?

M. Schiff: Je ne suis pas nécessairement en accord complet avec chaque décision du tribunal. Si je n'aime pas une décision particulière, je peux, comme d'autres, la critiquer; comme d'autres, je peux essayer de faire de l'éducation; comme d'autres, je peux essayer de changer ce qui est dans les limites de mon pouvoir. Comme professeur de droit, tout ce que je peux faire est d'essayer d'éduquer les étudiants, d'écrire des articles et des livres et de les produire devant les tribunaux, et dire aux juges qu'ils se sont trompés. Les juges nous disent de temps à autre que nous devrions leur dire s'ils rendent de mauvaises décisions parce qu'ils veulent bien faire les choses. Ils nous disent: «Vous, les professeurs de droit, qui savez ou du moins prétendez savoir, dites-nous votre idée et nous l'examinerons.»

Par conséquent, le plaidoyer que je fais ne veut pas dire que tout ce que les juges de la Cour suprême du Canada font correspond exactement à ce que j'attends; mon plaidoyer concerne le fait que j'essaie de faire des choses avec intelligence, aptitude et réflexion en vue de faire les bonnes choses dans le contexte de notre législation sur la preuve. Ils font parfois des choses que je n'aime pas, mais au moins, ils ont le pouvoir de le faire et de le défaire s'il s'avère qu'ils ont commis une erreur.

Et je ne parle pas seulement de la Cour suprême du Canada, mais de tous les tribunaux, du premier au dernier.

Le sénateur Godfrey: Vous avez déclaré qu'il y avait certains domaines dans lesquels vous croyiez que la loi devrait établir les choses parce que le processus que suivent les tribunaux pour les corriger est trop long.

Je me souviens de M. Dean Wright qui critiquait la Cour suprême du Canada au sujet d'une cause particulière—j'oublie le nom de cette affaire puisqu'elle date de si longtemps—toujours est-il que cette cause a pris presque 20 ans à se faire corriger. Il me semble que c'est une période trop longue pour attendre. Qu'en pensez-vous?

M. Schiff: Comme je l'ai dit dans mes remarques préliminaires, l'état de la jurisprudence concernant le droit de la preuve est assez bon. A mon avis, une loi ne fera rien d'autre qu'ajouter du verbiage inutile. Pourquoi s'en préoccuper? Certains ont déjà déclaré que si le droit de la preuve était codifié dans une loi, tout le monde pourrait lire celle-ci et savoir à quoi s'en tenir. Le problème, c'est que cette loi est plutôt volumineuse et que tout le monde ne va pas la lire. Et même si cela était, il y a toute l'interprétation judiciaire qui va inévita-

[Text]

on this statute which comprises 250 clauses now. That will be in articles, cases, textbooks and treatises, and soon it will look, not surprisingly, like every other statute. If you do not know the statute, you will have to read the books and the cases.

So, it is simply a dream to say that we are simplifying it by putting it into legislation. Every lawyer knows that. That is just not so. This is an attempt to fool the layman, and that is, as far as I am concerned, unworthy.

As far as specific areas are concerned, I think it is definitely wise to do so, and that should have been done many years ago. We should clean up the areas in the statutes respecting documents, proof of documents and authentication of documents, because they have grown like Topsy over the past 100 years. Every time a new document came along, we put in a new section. The Canada Evidence Act has many of those, as do the various provincial acts.

This legislation, as recommended by the Uniform Law Conference of Canada, wants to pull it together. That is a good idea, but that is one section. We could have done that many years ago.

Another provision that has caused a great deal of trouble relates to the challenging of the testimony of a witness on the basis of previous inconsistent statements. There has been a great deal of debate as to whether the mid-nineteenth century legislation—which requires that if it is your own witness, the witness must be adverse—makes any sense. Most modern commentators say that makes no sense whatsoever. It is a product of legislation which Canadians adopted from the English. That was first passed in England in 1854. This is 1983, and we have decided, after over 100 years of interpretation and application of that statute, that we probably do not want or need the requirement of the adverse witness, so let us re-draft that one section and take out and modernize the language.

We have experience telling us what the answer is. We do not need this bill to tell us that.

Those are just two examples.

Senator Bosa: Madam Chairman, Professor Schiff proposes the enactment of clause 72, which would allow in objective evidence. For Example, this might involve a murder weapon found by reason of an accused's confession, such confession being subsequently ruled inadmissible. In your view, would it be proper to admit such evidence if it were found by reason of the accused's confession, bearing in mind the confession itself is found to be inadmissible?

Professor Schiff: These are matters of value, and it depends which value one espouses as being important. I see a spectrum of values being protected by the rule of criminal evidence law that says an involuntary confession shall not be admitted. Values that most commend themselves to me as justifying that rule are values of protecting the citizen from improper police conduct and ensuring that our criminal trial process is one for

[Traduction]

blement faire enfler cette loi qui comprend déjà plus de 250 articles maintenant. Il faudra consulter articles, affaires, textes et traités, et il ne sera pas surprenant que cette loi ressemble très vite à n'importe quelle autre loi. Si vous ne la connaissez pas, vous devrez lire les livres et la jurisprudence.

Par conséquent, c'est tout simplement rêver que de prétendre que nous simplifions le droit de la preuve en le codifiant en une loi. N'importe quel avocat vous le dira. Cela ne se fait pas comme ça. Tout ce que cela fera, c'est le mêler le profane et ça ne vaut pas le coût, en ce qui me concerne.

Dans le cas de certains domaines particuliers, je pense qu'il est certainement très sage de procéder ainsi et que cela aurait dû être fait il y a de nombreuses années. En effet, nous devrions faire un nettoyage des articles de la loi traitant des documents, des preuves documentaires et de l'authentification des documents, parce qu'ils se sont multipliés au point de devenir un fouillis inextricable depuis cent ans. Chaque fois qu'un nouveau document se présentait, nous ajoutions un nouvel article. La Loi fédérale sur la preuve en a beaucoup, comme les diverses lois provinciales.

Cette nouvelle loi, recommandée par la Conférence sur l'uniformisation du droit de la preuve au Canada, veut tout mettre ensemble. C'est une bonne idée, mais ce n'est qu'un article. Nous aurions pu le faire il y a de nombreuses années.

Une autre disposition qui a causé beaucoup de problèmes concerne la contestation de la déposition d'un témoin sur la foi de déclarations antérieures incohérentes. On a bien débattu la question de savoir si une loi du milieu du XIX^e siècle exige que votre propre témoin témoigne contre vous a du sens. La plupart des observateurs modernes estiment que cela n'a plus de sens aujourd'hui. C'est un produit de la législation que les Canadiens ont héritée des Anglais. Cette loi a été adoptée en Angleterre en 1854. Mais nous sommes en 1983 et nous avons décidé, après plus de 100 ans d'interprétation de cette loi, que nous n'avions probablement plus besoin ni ne voulions le maintien de l'exigence relative au témoin adverse; donc, remanions cet article, supprimons les mots inutiles et modernisons la langue.

Notre expérience nous révèle la solution. Ce projet de loi ne nous apportera rien de plus.

Ce ne sont là que deux exemples.

Le sénateur Bosa: Madame le président, M. Schiff propose l'adoption de l'article 72, qui permettrait une preuve matérielle. Ainsi, l'arme d'un meurtrier pourrait être découverte par suite d'une confession de l'accusé, laquelle serait ensuite considérée irrecevable. A votre avis, serait-il convenable d'accepter une telle preuve si sa découverte résulte de la confession de l'accusé, compte tenu du fait que cette confession est elle-même jugée irrecevable?

M. Schiff: Il s'agit là d'une question de principes, et tout dépend des principes qu'on estime importants. Je crois que le droit de la preuve en matière criminelle, qui stipule qu'une confession non spontanée n'est pas recevable, protège certains principes. A mon avis les principes qui justifient le plus cette règle sont ceux qui visent à protéger le citoyen d'une conduite policière répréhensible et à assurer que notre système de

[Text]

which people can have respect so that dirty evidence cannot be put in by crown prosecutors, such evidence, through police assistance having been obtained in ways that our society should not permit.

So, since I put so much emphasis on those values, I find myself drawn to the conclusion that if the confession is not admissible, what is found as a result of the confession is also not admissible for exactly the same reason.

Senator Bosa: Does not section 24 of the *Charter of Rights and Freedoms*, which deals with the exclusionary rule, and which says that if evidence that is produced tends to bring the administration of justice into dispute, take care of this concern?

Professor Schiff: You are quite right.

Senator Bosa: Consequently, is there not enough of a safeguard there to ensure that evidence could not be extracted from the accused through violence or threats? Does that provision not take care of your concerns in that regard?

Professor Schiff: If, in fact, the way the police have handled the matter does violate any of the guaranteed rights and freedoms, for example, as set out in section 8 which says that everyone has a right to be secure against unreasonable search or seizure, it could happen that the police might get a confession out of him. For example, they may find a knife and ask the accused, "What is this?" and he may respond, "That is the knife I used to kill the deceased." That is a confession. The police may then offer the knife as evidence. If they beat the confession out of him, that is an unreasonable seizure.

Under section 24(2) the judge could determine that that evidence was obtained in a manner infringing section 8. The judge could find that the police did not beat him up enough, and, therefore, it does not bring the administration of justice into disrepute. Alternatively, he could find that the police beat him up too much.

You are quite correct, Senator Bosa, in that the judge will have the right to make that decision, and, perhaps, that is the appropriate way of handling it.

The rule of evidence law, the co-called "St. Lawrence" rule, allows the admission of any real object found as a result of an involuntary confession. That rule would be rendered less deadly to the values I am concerned with because a trial judge, if he found any of the rights or freedoms guaranteed by the charter were violated by police conduct, could still keep it out.

My concern is that perhaps the police did not get it in any way which violated these legal rights; perhaps this covers everything.

Senator Bosa: Is this section, in your opinion, an improvement on the American version of the exclusionary rule and the present rule which governs this particular matter?

[Traduction]

justice en matière criminelle mérite le respect de la population, de façon que les procureurs de la Couronne ne puissent produire des preuves obtenues d'une manière déloyale, par exemple des preuves obtenues grâce au concours des policiers, par des méthodes que notre société ne saurait tolérer.

Donc, étant donné l'importance que j'accorde à ces principes, je dois conclure que, si une confession n'est pas recevable, les éléments de preuve qui en résultent ne le sont pas non plus, pour les mêmes raisons.

Le sénateur Bosa: L'article 24 de la *Charte des droits et libertés*, qui stipule qu'il faut écarter les éléments de preuve dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ne résoud-il pas ce problème?

M. Schiff: Vous avez raison.

Le sénateur Bosa: Par conséquent, n'est-ce pas là une garantie suffisante que des preuves ne peuvent être soutirées de l'accusé par la violence ou des menaces? Cette disposition ne dissipe-t-elle pas vos inquiétudes à ce sujet?

M. Schiff: Si, dans la réalité, les policiers ont utilisé des méthodes qui portent atteinte aux droits et aux libertés garantis, ils peuvent avoir soutiré une confession à l'inculpé. Mentionnons à titre d'exemple l'article 8 qui stipule que chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Ainsi, les policiers peuvent trouver un couteau et demander à l'accusé «Qu'est-ce que c'est?» Ce dernier peut répondre: «C'est le couteau que j'ai utilisé pour tuer ma victime.» Il s'agit là d'une confession, et les policiers peuvent ensuite présenter le couteau comme preuve. S'ils ont obtenu la confession en usant de brutalité, c'est là une saisie abusive.

En vertu du paragraphe 24(2), le juge pourrait déterminer si la preuve a été obtenue d'une manière qui contrevient aux dispositions de l'article 8. Il pourrait décider que les policiers n'ont pas trop brutalisé l'accusé et que, par conséquent, l'utilisation de l'élément de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par contre, il pourrait juger que les policiers ont trop brutalisé l'accusé.

Vous avez parfaitement raison, Sénateur Bosa, en estimant que le juge aura le pouvoir de prendre une décision et que c'est peut-être là la meilleure façon de procéder.

La règle du droit de la preuve admet la recevabilité de tout objet matériel découvert à la suite d'une confession non spontanée. Cette règle porterait moins atteinte aux principes qui me sont chers, puisque s'il estimait que les policiers ont, par leur conduite, porté atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte, un juge aura le pouvoir d'écarter ces éléments de preuve.

Les policiers n'ont peut-être pas obtenu la confession en enfreignant ces droits reconnus par la loi. Voilà l'essentiel de ma pensée.

Le sénateur Bosa: À votre avis, cet article constitue-t-il une amélioration par rapport à la version américaine de la règle de l'irrecevabilité et à la règle qui régit actuellement cette situation?

[Text]

Professor Schiff: From my limited knowledge of what has been happening in the United States, it appears to me that the Americans have been struggling with the American exclusionary rule for over a decade. The Supreme Court has said that any evidence obtained in a manner that violates the Fourth Amendment—or the Fourteenth, as it incorporates the Fourth Amendment, protecting one against unreasonable search and seizure—is simply not to be admitted. Scholars there have said that that is very foolish because there can be serious violations and not so serious violations.

Clearly those Canadians who drafted this provision had that in mind, and were really concerned with serious violations that would hurt the administration of justice. They decided to leave it to a trial judge to make the decision about whether there is a violation and, as a result of the violation, evidence is found. Then the trial judge will decide, having regard to all the circumstances, whether allowing this to go into evidence will tend—and I am using the translation of the French version—to bring the administration of justice into disrepute. I think this is superior to the American exclusionary rule.

Senator Bosa: A witness before our committee attested to the fact that he thought it was a far superior way of dealing with the matter than the method employed under the American exclusionary rule.

Senator Deschatelets: Do we not have very clear jurisprudence covering the matter of confession? Do lawyers involved in criminal cases not know exactly what the rules of evidence are because the Supreme Court has made numerous decisions in this regard? It is my understanding that the principles which should be applied by the lower courts have been decided. This point was raised by some lawyers who had acted as defence counsel. They pointed out that it is clear, that we do not need any additional legislation and that this would add only to confusion.

My point is: Are you satisfied with the jurisprudence covering confession? Do we know the rules of the game?

Professor Schiff: Yes, for the most part, the rules are quite clear. Some development is going on.

My concern is different from that of the other witnesses you mentioned. The base rules, the so-called “rules of *Ibrahim v. The King*” very clearly set that out. Everyone knows what that is about.

However, within the last decade, there has been some movement here and there from some judges attempting to expand the definition of “voluntariness” or to introduce a new element into the rule excluding confessions. In part, it has grown from developments in England; and, in part, it has grown from a sense of injustice by some of our Canadian judges in regard to what has been happening. I mention this in paragraph 45 of my brief, which starts at the bottom of page 13 and goes on to page 14. This paragraph discusses section 63.

[Traduction]

M. Schiff: D'après mes connaissances limitées de la situation aux États-Unis, il me semble que la règle américaine de l'irrecevabilité fait l'objet de contestations depuis une décennie. La Cour suprême a décrété que toute preuve obtenue par des méthodes qui enfreignent le quatrième amendement, ou le quatorzième puisqu'il inclut le quatrième, qui protège quiconque contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, n'est tout simplement pas recevable. Les spécialistes américains estiment que c'est une aberration parce qu'il peut y avoir des infractions graves et peu graves.

Il ne fait aucun doute que les Canadiens qui ont rédigé cette disposition ont tenu compte de cet aspect et qu'ils se sont vraiment préoccupés des infractions graves qui pourraient nuire à l'administration de la justice. Ils ont décidé de laisser à un juge le soin de déterminer s'il y a eu infraction et si un élément de preuve a été découvert par suite de cette infraction. Le juge devra alors décider, eu égard aux circonstances, si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je crois que c'est là une amélioration par rapport à la règle américaine de l'irrecevabilité.

Le sénateur Bosa: Un témoin convoqué devant notre comité a affirmé que, à son avis, cette procédure était de loin préférable à celle qu'emploient actuellement les Américains en vertu de la règle de l'irrecevabilité.

Le sénateur Deschatelets: N'avons-nous pas une jurisprudence très claire au sujet de la confession? Les avocats qui plaident des causes criminelles ne connaissent-ils pas exactement les règles de la preuve, étant donné que la Cour suprême a rendu de nombreux jugements à cet égard? Je crois comprendre que les principes que devraient appliquer les tribunaux de première instance ont déjà été établis. Certains qui ont fait fonction d'avocats de la défense ont fait cette remarque. Ils ont indiqué qu'il n'y avait aucune équivoque, que nous n'avions pas besoin d'une loi supplémentaire qui ne ferait que compliquer la situation.

Voilà où je veux en venir: Êtes-vous satisfait de la jurisprudence qui concerne la confession? Connaissons-nous les règles du jeu?

M. Schiff: Oui, les règles sont claires pour la plupart, et la situation s'améliore.

Mon point de vue diffère de celui des autres témoins que vous mentionnez. Les règles fondamentales, celle de l'affaire «*Ibrahim c. Le Roi*», l'établissent très clairement. Tous savent de quoi il s'agit.

Toutefois, au cours de la dernière décennie, certains juges ont tenté d'étendre la définition de «déclaration spontanée» ou d'introduire un nouvel élément dans la règle, qui excluait les confessions. Cette attitude découle, en partie, de certaines tendances en Angleterre et, en partie, d'une impression d'injustice qu'ont éprouvée quelques juges canadiens à certaines occasions. Je mentionne cet aspect dans mon mémoire, au paragraphe 45 qui commence au bas de la page 13 et se poursuit à la page 14. Ce paragraphe traite de l'article 63.

[Text]

Under the guise of talking about voluntariness—apart from fear of prejudice and hope of advantage—there has been a development towards the view that, even if a confession were induced without fear of prejudice or hope of advantage, it still might be excluded if there were oppressiveness. The English have actually incorporated that into their judges' rules.

At paragraph 45 I mention a Supreme Court of Canada decision, which came out after the task force had finished its work. Had they known about it, they undoubtedly would have recommended something different.

A unanimous Supreme Court of Canada talks in terms of something different from what they have specifically talked about previously respecting oppressive atmosphere.

The Chairman: What case are you referring to?

Professor Schiff: I am referring to *Hobbins v. The Queen*. While the basic rules are quite clear, and, therefore, your previous witness was right in that it is not necessary to put them into statutory form, my objection is that putting them into statutory form, as clear as it may be, is going to prevent the judges from developing beyond that if they find, over time, that justice requires it. That is mainly what bothers me.

Senator Bosa: My next question concerns your recommendation that section 50 be deleted on the basis that nothing justifies admitting hearsay evidence simply because the declarant is not available. In your view, the rules governing the admissibility of hearsay evidence should be the same for both criminal and civil proceedings. Are your concerns not alleviated by section 49(2) which allows the court, on counsel's application, to order the attendance of an unavailable declarant in a civil proceeding?

Professor Schiff: If you can find him and if he is not dead. What concerns me about section 50 is precisely the situation where the declarant is not available and cannot be made available. The court can order all it wants, but if the person cannot be found the court order is futile. That is my simple answer. Where the person is unavailable within the definition of section 49, then for the most part he could not be got there; but if he could be got there my criticisms would be somewhat blunted. If you look at section 49(1), paragraph (d), it says:

is absent from the hearing and the importance of the issue or the added reliability of his testimony does not justify the expense or inconveniences.

That is a small area where I am concerned. I am concerned with the situations under paragraph (a), (b) and (c).

Senator Bosa: In criminal proceedings?

Professor Schiff: I understood you were talking about civil cases.

[Traduction]

Des discussions sur la déclaration spontanée, exclusion faite de la crainte d'un préjudice et de l'espoir d'obtenir un avantage, le point de vue suivant semble ressortir: même si une confession n'a pas été faite dans la crainte d'un préjudice ni dans l'espoir d'obtenir un avantage, elle peut quand même être exclue si elle a été faite dans un climat d'oppression. Les Anglais ont réellement intégré cette façon de voir dans les règles de leurs juges.

Au paragraphe 45, je mentionne une décision que la Cour suprême du Canada a rendu après l'achèvement des travaux du groupe de travail. Si les membres de ce groupe de travail en avaient pris connaissance, ils auraient sans aucun doute formulé des recommandations différentes.

Les propos unanimes des juges de la Cour suprême du Canada diffèrent de leurs remarques antérieures au sujet du climat d'oppression.

Le président: À quelle affaire faites-vous allusion?

M. Schiff: Je fais allusion à l'affaire *Hobbins c. La Reine*. Même si les règles fondamentales sont claires, et, de ce fait, votre témoin précédent avait raison d'affirmer qu'il n'est pas nécessaire de les inclure dans une loi, j'estime que si elles sont stipulées dans une loi de la façon la plus claire possible, les juges ne pourront plus les ignorer, s'ils en viennent à considérer, à un moment ou à un autre, que la justice l'exige. Voilà principalement l'objet de mes préoccupations.

Le sénateur Bosa: Ma prochaine question concerne votre recommandation de supprimer l'article 50 parce que, selon vous, il n'y a pas lieu d'accepter une déposition sur la foi d'un tiers simplement parce que le témoin n'est pas disponible. À votre avis, les règles régissant la recevabilité des dépositions sur la foi d'un tiers devraient être les mêmes en matière criminelle et civile. N'êtes-vous pas rassuré du fait que, en matière civile, le paragraphe 49(2) autorise le tribunal, sur demande du requérant, à ordonner l'assignation de l'auteur d'une déclaration qui n'était pas disponible.

M. Schiff: Si vous réussissez à trouver la personne et qu'elle n'est pas morte. Ce qui m'inquiète au sujet de l'article 50, c'est précisément les cas où une personne n'est pas disponible et où il est impossible de la retrouver. Le tribunal peut ordonner tout ce qu'il veut, mais s'il ne peut retrouver la personne, son ordonnance ne rime à rien. Voilà à quoi se résume ma réponse. Lorsqu'une personne n'est pas disponible selon la définition de l'article 49, il sera généralement difficile de l'amener devant le tribunal; toutefois, s'il était possible de l'y amener, mes critiques seraient un peu moins vives. Si vous le voulez bien, examinons l'alinéa d) de l'article 49(1) qui se lit comme suit:

«si elle est absente de l'audition et que l'importance du point contesté ou le supplément de preuve qu'apporterait son témoignage ne justifie pas les frais ou les inconvénients...»

Cette question me préoccupe un peu. Je m'inquiète des situations visées aux alinéas a), b) et c).

Le sénateur Bosa: En matière criminelle?

M. Schiff: Je croyais que vous parliez des affaires civiles.

[Text]

Senator Bosa: Let me ask you another question. What are your thoughts on admitting as hearsay evidence in criminal proceedings, let us say, the notebook of a deceased policeman, who obviously cannot be present.

Professor Schiff: This bill, and indeed the common law, is replete with exceptions to the hearsay rule for all kinds of situations. If a deceased policeman's note fell under one of these exceptions it would be admitted anyway. The exception that came to mind as you spoke was the exception for a business document; that is, if the policeman made the record within the course of duty as a policeman, then it would be admissible under a couple of the provisions here, the business documents section and the section about documents made in the course of a business duty, or simply a duty. Even at common law it might be admissible under those circumstances.

Under the common law, over time the judges developed in these exceptions to the hearsay rule conditions governing admissibility designed to make sure that this was pretty trustworthy hearsay, not just any sort of hearsay; there had to be some guarantees of trustworthiness. Over time our legislatures have added, like the business documents provision, other provisions also with built-in guarantees of trustworthiness. What bothers me about the provision you directed me to, section 50, is that there is nothing like that there at all. It simply says, "If the declarant is unavailable, in goes his statement." Not a word about any guarantee of trustworthiness.

Senator Bosa: Would you consider it an improvement if the matter were decided by the judge? If the judge looked at the evidence and decided whether or not it should be admissible, would that be an improvement?

Professor Schiff: This legislation provides for that in a way. Section 45(3) says:

A court may create an exception to the rule . . . that is not specifically provided for . . . if the criteria for the exception sufficiently guarantee the trustworthiness of the statement.

These people are trying to do it both ways. They say in section 45(3), "Well, if we do not talk about a hearsay exception anywhere else in this bill, then a judge can create one if the criteria for the exception sufficiently guarantee the trustworthiness of the statement." So they are concerned with trustworthy hearsay, and the judge has to think about that.

Then when you go on to section 50 they say, "We do not care about trustworthiness. If the declarant is dead or he is too sick to come or you cannot find him, in it goes." I say, make up your minds. Are you concerned with trustworthiness? Then leave it to section 45(3). If you are not concerned with trustworthiness, why have you got section 45(3)? I like section 45(3). I want a way out. I do not want our judges, even now, to be bound to exclude hearsay that does not fit into a pigeon-hole. That does not make sense. I want our judges, when they do allow in hearsay, to think about the reasons for the hearsay

[Traduction]

Le sénateur Bosa: Permettez-moi de vous poser une autre question. Dans une affaire criminelle, faudrait-il, à votre avis, accepter comme «preuve par ouï-dire» les notes d'un policier décédé qui ne peut évidemment pas être présent?

M. Schiff: Ce projet de loi, et bien entendu le common law, prévoient maintes exceptions à la règle du ouï-dire, pour tous les genres de situation. Si les notes d'un policier décédé s'inscrivaient dans ces exceptions, elles seraient acceptées quoi qu'il en soit. L'exception qui m'est venue à l'esprit lorsque vous parliez, c'est l'exception qui concerne un document professionnel; ainsi si le policier a établi le document dans l'exercice de ses fonctions à titre de policier, le document serait recevable en vertu de certaines de ces dispositions, de l'article sur les documents professionnels et de l'article sur les documents établis dans l'exercice d'une activité professionnelle ou tout simplement d'une fonction. Même en vertu du common law, ce document pourrait être recevable dans ces circonstances.

En vertu du common law, les juges ont, avec le temps, dérogé à la règle du ouï-dire en ce qui concerne les conditions de recevabilité, afin de s'assurer que les dépositions sur la foi d'autrui étaient bel et bien dignes de foi et non pas simplement un ouï-dire; il fallait des garanties de la crédibilité. Peu à peu, nos législateurs ont ajouté d'autres dispositions, comme celles sur les documents professionnels, qui comportaient des garanties liées à la crédibilité. Ce qui m'inquiète au sujet de l'article 50 que vous m'avez amené à commenter, c'est qu'il n'offre aucune garantie de ce genre. Il indique simplement que si l'auteur n'est pas disponible, sa déclaration est recevable. Il ne prévoit aucune garantie quant à sa crédibilité.

Le sénateur Bosa: À votre avis, s'agirait-il d'une amélioration si la décision était confiée à un juge, si ce dernier examinait la preuve et décidait si elle est recevable ou non?

M. Schiff: Dans un sens, cela est prévu dans le projet de loi. Le paragraphe 45(3) mentionne ce qui suit:

«Le tribunal peut créer une dérogation, non prévue . . . à la règle . . . si cette dérogation est fondée sur des critères permettant d'établir qu'une déclaration est digne de foi.»

Les législateurs suivent deux avenues. Il n'est nullement fait mention ailleurs dans le projet de loi d'une dérogation concernant le ouï-dire, mais le paragraphe 45(3) prévoit qu'un juge peut créer une dérogation si elle est fondée sur des critères permettant d'établir qu'une déclaration est digne de foi. Ainsi, le fait qu'un témoignage soit digne de foi les inquiète, mais ils laissent au juge le soin de s'en occuper.

Ensuite, lorsque nous en arrivons à l'article 50, ils prétendent ne pas se soucier du fait que la déclaration soit, ou non, digne de foi. Il suffit que le témoin soit décédé ou qu'il soit trop malade pour venir témoigner, ou encore introuvable, et le tour est joué. Encore faudrait-il se décider. La véracité de la déclaration est-elle ou non importante? Dans l'affirmative, il faudrait s'en tenir au paragraphe 45(3). Sinon, à quoi sert cette précision? Personnellement, j'appuie cette disposition. J'aime bien qu'une porte de sortie nous soit ménagée. Je ne voudrais pas que les juges, même maintenant, soient tenus

[Text]

rule and to ask themselves, "In light of the reasons for the hearsay rule is this particular item of evidence, which is hearsay, and which does not fit into pigeon-holes already created for hearsay exceptions, sufficiently trustworthy?" If they say yes, in it goes; if they say no, then keep it out. Section 50 short-circuits that by saying, "If the declarant has dropped dead, bring the evidence in."

Senator Deschatelets: On the example you have just given, the present situation would be preferable to that created by that section of the bill, would it?

Professor Schiff: Yes, I think so.

Senator Deschatelets: There is not the uncertainty, I presume.

Professor Schiff: What there is is this. We have a hearsay rule, and we have quite well settled judge-made exceptions to the hearsay rule. In addition to that there are statutory exceptions, very similar across the country in various evidence acts. In addition to that, in 1970 the Supreme Court of Canada, in a leading case, *Arès v. Venner*, indicated that judges have the authority to create new exceptions to the hearsay rule in circumstances where the evidence is trustworthy enough. Some judges have taken them up on that. Our judges do not go wild on this, saying, "Oh boy! All hearsay goes in." They have been very careful and cautious.

The result has been—and this I think is where some critics of common law of evidence make a mistake—that counsel now know what the hearsay says, what the exceptions to the hearsay rule are and what the Supreme Court said in *Arès v. Venner*. Counsel, if he has any brains—and I hope counsel do; they are getting paid for using their brains—will say to themselves, "Look, it looks like hearsay and it does not fit into any pigeon-holes." This is not only counsel on one side, but also counsel on the other side. "However, maybe I can use *Arès v. Venner*. That is a well-known case; everybody knows about it, judges have talked about it, there was unanimity in the Supreme Court. I will try to get it into evidence, using the thinking of the Supreme Court in *Arès v. Venner*." Counsel can go forward and do that. The argument that his opponent will be surprised and unprepared is foolish. It is a Supreme Court of Canada case which is well known, and if his opponent is surprised his opponent is incompetent. Indeed, that decision of the Supreme Court was the inspiration for the task force in recommending what has ended up in this bill as section 4593). They liked it.

The Chairman: It is a good idea.

Professor Schiff: I think it is an excellent idea.

[Traduction]

d'exclure certaines ouï-dire qui ne tombent pas nécessairement sous le coup d'une catégorie définie. Cela n'aurait aucun sens. Je voudrais bien qu'au moment de recevoir un ouï-dire, le juge puisse réfléchir aux motifs à l'appui des dispositions pertinentes, ce se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, la preuve présentée, sans nécessairement tomber sous le coup d'une clause conditionnelle définie, est suffisamment digne de foi. Dans l'affirmative, la preuve est recevable; sinon, elle est rejetée. L'article 50 se pose à l'encontre de ces principes en déclarant que la preuve devient automatiquement recevable, s'il se trouve que le témoin est décédé.

Le sénateur Deschatelets: En ce qui a trait à l'exemple que vous venez de nous exposer, la situation actuelle ne serait-elle pas préférable à celle suscitée par cet article du projet de loi?

M. Schiff: Oui, je le crois.

Le sénateur Deschatelets: Je présume donc qu'elle ne soulève aucune incertitude.

M. Schiff: Voici la situation telle qu'elle se présente: nous avons une disposition générale en ce qui concerne les ouï-dire, à la quelle s'ajoutent certaines règles d'exception bien instaurées dans l'usage par les juges. En outre, les diverses lois provinciales sur la preuve nous fournissent des clauses conditionnelles très semblables à ces règles. Par ailleurs, dans une importante affaire qui avait eu lieu en 1970, à savoir *Arès c. Venner*, la Cour suprême du Canada avait en quelque sorte habilité les juges à instaurer de nouvelles exceptions aux dispositions sur le ouï-dire lorsque, compte tenu des circonstances, la preuve se révélait digne de foi. Certains juges se sont prévalus de ce droit, en faisant toutefois preuve de discrimination et d'une grande prudence.

De plus, et je crois que certains critiques du droit de la preuve se méprennent sur ce point, les avocats sont parfaitement au courant des dispositions sur le ouï-dire, des exceptions instaurées dans l'usage et de la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Arès c. Venner*. En toute logique, les avocats, qui sont d'ailleurs payés pour faire preuve de logique, sauront reconnaître les ouï-dire qui ne tombent dans aucune catégorie définie. Et cela vaut autant d'un côté que de l'autre. Ils seront donc en mesure de juger s'il y a lieu d'invoquer le précédent établi dans l'affaire *Arès c. Venner*, étant donné qu'il s'agit d'une affaire bien connue de tous, et des juges en particulier, à l'égard de laquelle il y avait eu consensus unanime. S'inspirant du raisonnement de la Cour suprême, ils seront donc libres d'avoir recours à cette jurisprudence. Je m'arrête toutefois avant le fait que le camp adverse puisse être surpris et désarmé par cette stratégie. Cette décision de la Cour suprême du Canada est bien connue de tous, et tout avocat qui s'en trouverait étonné révélerait, du fait, son incompetence. En effet, c'est cette décision-même qui a poussé le groupe de travail à recommander l'inclusion, dans le projet de loi, des dispositions contenues au paragraphe 45(3). Les membres du groupe de travail souscrivaient donc à l'opinion de la Cour suprême.

Le président: C'est effectivement une bonne idée.

M. Schiff: Je crois que c'est une excellente idée.

[Text]

The Chairman: But that is the purpose of a lot of these areas. To me that seems to answer some of your objections to the fact that we may become too inflexible. This type of provision, which I agree is an excellent one, leaves the door open for judges to be creative, to be able to modify the law as situations demand. Perhaps we do not have enough sections such as that in this bill. However, to me that is a very concrete example of the benefits of having this type of evidence act, for everybody to be able to rely on it.

Professor Schiff: If I may respond to that, subsection (3) is not necessary, because *Arès v. Venner* says it better than that. Indeed the problem with attempting to reduce it to statutory language is that you had better get your language right, because while a judge's words can be used in a flexible way, a judge is not a statute. When he says something and gives reasons for judgment in the case, judges who follow him do not have to slavishly follow his particular words. With a statute you do, and some critics of clause 45(3) have said it is not worded properly, because it does not set out what the criteria for the exception might be. It leaves it too wide for the judge. "We do not know what Parliament has in mind here". In *Arès v. Venner*, because of the total reasoning of the court, there is more of an indication of what the Supreme Court has in mind. Once you attempt to render it in the statutory language, you have authoritative words that the judge must conjure with and work within.

The Chairman: Could it not be a combination? I gather that *Arès v. Venner* does not set out criteria, and perhaps that is just as well; but would not a competent counsel, having this section before him, and being aware of *Arès v. Venner*, say "Between the two, I am given the authority here; and also the decision of the Supreme Court of Canada, is giving guidance in the general direction I am to go or the general area of argument on which I can rely". That seems to be a useful combination. Perhaps I am being a devil's advocate here, because I think it is important to examine these sections in that light.

Professor Schiff: Madam Chairman, you have raised a problem that is endemic in this legislation, because no one knows the extent to which the common law is still operative in areas where this statute deals with the subject. The task force and the Uniform Law Conference both said that the common law is still alive where the statute does not speak. For example, when there is a provision such as clause 45(3), we are still at liberty to look to what the Supreme Court of Canada said. But we do not know, and that in itself will be the subject matter of litigation. I find that appalling. An attempt to create a source of easy access to evidence law is creating problems that we never had before. How do we mesh together the common law and the statute law when they talk about the same subject? So, in response to the chairman's question, I am not sure that

[Traduction]

Le président: Toutefois, j'ose espérer que ce soit là l'objet d'un grand nombre de ces dispositions. A mon avis, cela semble répondre à certaines de vos objections contre le fait que nous risquions de devenir trop intransigeants. Ce genre de dispositions qui, du reste, me semblent excellentes, incite les juges à faire preuve d'un esprit d'initiative, en adaptant la loi à chaque situation donnée. Les articles de ce genre sont peut-être trop rares dans ce projet de loi. Cependant, cela représente à mon avis un exemple on ne peut plus concret des avantages que présente une telle loi sur la preuve, sur laquelle chacun pourrait se fonder.

M. Schiff: Si je puis me permettre de commenter votre observation, je dirai qu'à mon avis, le paragraphe (3) se révèle inutile, puisque la décision rendue dans l'affaire *Arès c. Venner* expose beaucoup mieux la situation. En effet, la formulation d'une telle disposition en langage juridique pose certains problèmes, en ce sens qu'elle exige l'emploi de termes précis, tandis que les paroles prononcées par le juge permettent toujours une certaine latitude d'interprétation. Une décision rendue par le juge diffère d'un texte de loi, en ce sens que celui qui décide de l'appliquer n'est pas tenu de l'observer mot pour mot; par contre la formulation d'un texte de loi vous engage de cette façon, et certains critiques du paragraphe 45(3) en ont contesté la formulation, soutenant que les critères d'exception demeuraient imprécis. Trop de latitude serait ainsi laissée au juge, et l'intention du Parlement demeurerait incertaine. De son côté, la décision rendue dans l'affaire *Arès c. Venner*, puisqu'elle expose l'ensemble du raisonnement du tribunal, donne une meilleure indication de l'intention de la Cour suprême à cet égard. Par contre, une fois cette disposition formulée en termes juridiques, le juge est alors lié par les termes employés et tenu de s'y conformer.

Le président: Ne pourrions-nous pas combiner les deux? Je crois comprendre que la décision rendue dans l'affaire *Arès c. Venner* ne prescrit aucun critère, et c'est peut-être mieux ainsi. Toutefois, un avocat compétent, mis en face de cet article de loi, et connaissant l'affaire *Arès c. Venner*, ne pourrait-il pas décider de faire appel à la fois aux dispositions de cet article et à la décision de la Cour suprême du Canada, en s'inspirant de cette dernière comme ligne directrice générale sur laquelle fonder son argumentation. Une telle combinaison pourrait se révéler utile. Au risque de me faire l'avocat du diable, je crois qu'il est important d'envisager ces articles dans cette optique.

M. Schiff: Madame le président, vous soulevez là un problème endémique inhérent à ce projet de loi, puisqu'il est impossible de déterminer dans quelle mesure la common law continue à s'appliquer dans les secteurs où l'objet qui nous intéresse est régi par les règles de jurisprudence. Le groupe de travail et la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit ont tous deux déclaré que la common law demeurerait en vigueur même lorsqu'il y avait eu jurisprudence sur un même point. Par exemple, en présence d'une disposition similaire à celle formulée au paragraphe 45(3), nous demeurons libres d'invoquer la décision de la Cour suprême du Canada. Toutefois, je ne peux me prononcer sur ce point, et je crois qu'il y a là sujet à litige. C'est, à mon avis, inconcevable. Les efforts que nous avons déployés en vue de faciliter l'accès au droit de la preuve

[Text]

lawyers and judges, if this were enacted, could look to the Supreme Court of Canada case in *Arès v. Venner*. I just do not know. I am not saying they can or they cannot. The only way we are going to find out is to litigate it. We do not have to litigate it now, but we shall have to litigate it then, and litigate it in every provision in this statute.

Senator Deschatelets: That is why many attorneys from both sides—for the defence and the Crown—have said that the bill will cause confusion in many sectors of the criminal and common law. Sections will have to be revised and decided by the highest court. Do you agree with that?

Professor Schiff: I say somewhere in my brief that this bill will create a heyday for counsel. I wish I were a practising lawyer. I could then make a living out of this, because it is filled with problems; and the clients will pay. Some will pay with a lifetime in jail, and others will pay out of their pockets. Clearly this lengthy piece of legislation will have to be litigated and relitigated for a very long time, just to find out what it all means; and one of the things we are talking about is to find out the extent to which the common law dovetails with the provisions that are here. How do you make it fit together? That has to go to the Supreme Court of Canada.

Senator Deschatelets: Professor Schiff, did you have anything to do with the Uniform Law Conference? Did you follow it?

Professor Schiff: The only thing I had to do with it was to read the reports of the task force as they came out. I glanced over them to see what was the latest thing they pulled; and each time I would say "Oh, no, they are not doing that". I was never consulted or asked. Indeed, at one point I asked the question of one of the people concerned with the task force: "Why are you not consulting with the law teachers, with those who teach and research in this area and think about it"? I shall never forget the reply that I received: "You academics had your chance with the Law Reform Commission. Now the practical people are going to do it".

Senator Deschatelets: So at least you read the reports.

Professor Schiff: The reports of the criminal cases and the draft chapters appeared over a period of approximately two years.

Senator Deschatelets: When Bill S-33 was introduced, you looked at it. Can you tell us if the report of the law conference is reflected in the bill? I am asking you this because a week or two ago we had before us as a witness Mr. Justice Pigeon, the former judge of the Supreme Court. He summed up his

[Traduction]

engendrent des problèmes auparavant inusités. Comment concilier la common law et la jurisprudence, lorsque les deux légifèrent sur un même point? En réponse à votre question, madame le Président, je ne suis pas certain que les juges et les avocats, dans l'éventualité où le projet de loi serait adopté, pourraient continuer à s'en référer à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Arès c. Venner*. Toutefois, il m'est impossible de répondre catégoriquement à cette question. La seule façon d'y répondre sera de plaider chaque cause. Nous serons évidemment tenus de plaider chaque disposition prévue dans ce projet de loi.

Le sénateur Deschatelets: C'est pourquoi bon nombre d'avocats des deux camps, soit la défense et la Couronne, ont déclaré que ce projet de loi allait semer la confusion sur plusieurs aspects du droit criminel et de la common law, et qu'il faudra, à cet égard, s'en remettre à la Cour suprême. Êtes-vous de cet avis?

M. Schiff: Quelque part dans mon mémoire, j'ai déclaré que ce projet de loi allait amener les beaux jours pour les avocats. Dommage que je n'exerce pas, à l'heure actuelle, la profession d'avocat; je pourrais en vivre largement, seulement avec cette question très complexe, que les clients voudront à tout prix démêler. Pour certains, ce prix sera la prison à vie et pour d'autres, de forts déboursés. Il est certain que ce texte de loi assez considérable nécessitera maintes plaidoiries, pendant encore de longues années, simplement en vue de circonscrire la question; l'un des aspects à résoudre consistera à déterminer dans quelle mesure la common law concordera avec les dispositions contenues dans ce projet de loi. Comment faire coïncider les deux? Cette question devra être résolue devant la Cour suprême du Canada.

Le sénateur Deschatelets: Monsieur Schiff, avez-vous participé à la Conférence de l'uniformisation du droit, ou l'avez-vous suivie, d'une façon ou d'une autre?

M. Schiff: J'ai dû me contenter de lire les rapports du groupe de travail, au fur et à mesure de leur publication. A chaque fois que j'ai jeté un coup d'œil aux rapports de droit pénal pour prendre connaissance des progrès accomplis, j'en ai été déconcerté. Jamais personne ne m'a consulté, ni sondé mon opinion. J'ai même demandé, à l'un des responsables du groupe de travail, pourquoi ce dernier ne consultait pas les professeurs de droit, ceux-là même qui entreprennent des recherches dans ce domaine et qui se penchent sur la question? Je n'oublierai jamais ce qu'il m'a répondu: «Vous, les universitaires, vous avez eu votre chance avec la Commission de réforme du droit. Maintenant, c'est aux gens pratiques à passer à l'action.»

Le sénateur Deschatelets: Du moins, vous avez pu lire les rapports.

M. Schiff: Oui, les rapports ou les affaires de droit pénal, et les versions préliminaires des chapitres qui ont été publiés sur une période d'environ deux ans.

Le sénateur Deschatelets: Vous aviez pris connaissance du projet de loi S-33 au moment de son dépôt. Pouvez-vous nous dire si les conclusions formulées dans le rapport de la Conférence de l'uniformisation du droit ont été respectées dans ce projet de loi? Si je vous pose cette question, c'est qu'il y a une

[Text]

testimony by saying that the bill did not reflect the report of the task force.

Professor Schiff: I read a newspaper report of what Mr. Pigeon said. I understood that he was complaining that the French translation was not the same as the French translation of the English in the Uniform Evidence Act, and he could not understand why that was so. As for Bill S-33, it is very close in English. I must admit that I have not read the French version and compared the two, but in English the two are very close. In some instances the Department of Justice apparently decided there was a certain provision they did not want and they dropped it. In other instances it was interesting that they disagreed with the Uniform Law Conference's disagreement with the task force, and they reintroduced a provision recommended by the task force which the Uniform Law Conference had rejected. I found that interesting. I can see why, in a couple of instances. But from the point of view of the English, they are very close.

Senator Deschatelets: I hesitate to try to sum up your presentation in a few words, but when you say that this is a bad bill in principle and content—I believe those are the words you used—do you mean that, so far as you can see, there is no need for this bill?

Professor Schiff: There is no need for Bill S-33. I am not saying that there is no need for reform of evidence law. My argument is that an all-embracing restatement in statutory form of evidence law is a bad thing. Even a good restatement would be a bad thing, but I do not think this is a good restatement. It is a bad thing because of the impact it has, as I have argued, on judicial creativity in moulding evidence law over time. There are, however, areas where there are now statutory provisions—I mentioned two of them earlier—which do need reform. Those do not need a 250-clause bill to deal with them. There are also areas of common law doctrine that might be—and I stress the words “might be”—rendered into statutory form.

Let me give you an example. The law of presumptions is very confused. It has seemed to me for a long time that a very simple two-section statute should be enacted to get rid of this mess. This statute does not do it. I find it absolutely amazing. Indeed, the Uniform Law Conference decided, “No. We are going to let this develop by the judges.”

In one part of their report, and I think I am correct in this, the task force made a recommendation as to the burden of proof in a civil case respecting rebutting a presumption. I

[Traduction]

ou deux semaines, le juge Pigeon, ancien juge de la Cour suprême, est venu témoigner devant nous. Il a conclu son exposé en déclarant que le projet de loi ne reflétait pas les conclusions formulées dans le rapport du groupe de travail.

M. Schiff: J'ai lu, dans un journal, le compte rendu de la déclaration de M. Pigeon. J'ai cru comprendre qu'il se plaignait du fait que la version française différait de la traduction française du texte anglais de la Loi sur l'uniformisation de la preuve, et qu'il ne comprenait pas pourquoi cela était. Pour ce qui est du projet de loi S-33, la version anglaise est très fidèle; je dois admettre que je n'ai pas lu la version française, de manière à comparer les deux, mais en anglais, les deux versions concordent. Il semblerait que dans certains cas, le ministère de la Justice aurait décidé d'exclure certaines dispositions données. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, dans d'autres cas, le Ministère n'appuyait pas l'opposition manifestée par la Conférence de l'uniformisation du droit à l'égard des conclusions tirées par le groupe de travail, et qu'il aurait décidé de représenter une disposition recommandée par ce dernier, mais rejetée par la Conférence. En quelques endroits, je peux comprendre pourquoi cela s'est produit. Quoiqu'il en soit, du point de vue de la version anglaise, il n'existe aucune divergence majeure.

Le sénateur Deschatelets: J'hésite à résumer votre exposé en quelques mots, mais lorsque vous déclarez que ce projet de loi n'est pas recommandable, tant sur le plan du principe que sur celui du contenu (je crois que ce sont là les termes que vous avez employés), entendez-vous qu'en autant que vous puissiez en juger, ce projet de loi est inutile?

M. Schiff: Le projet de loi S-33 est effectivement inutile. Par contre, il en n'est pas de même de la réforme du droit de la preuve. Je soutiens qu'une reformulation systématique de la réglementation sur la preuve n'est pas souhaitable. Même une bonne restructuration serait à mon avis néfaste, encore que cela ne soit pas le cas du projet de loi qui nous intéresse. En effet, une telle mesure serait néfaste en raison de ses incidences sur la créativité judiciaire, en enfermant, comme je l'ai déjà dit, le droit de la preuve dans un carcan. Toutefois, il existe certains secteurs dans lesquels les dispositions réglementatives appellent à être révisées, et j'en ai d'ailleurs déjà mentionné deux. Il n'y a pourtant pas lieu d'élaborer tout un projet de loi de 250 articles pour y remédier. Certains secteurs de la Common Law pourraient également être rendus sous forme de réglementation. Bien entendu, il ne s'agit que d'une simple possibilité.

Laissez-moi vous donner un exemple: les dispositions en matière de présomption sont assez complexes. Il me semble, depuis assez longtemps déjà, que l'adoption d'un simple règlement comportant à peine quelques articles pourrait efficacement palier à ce problème. Le présent projet de loi ne règle aucunement cette question. C'est tout de même incroyable. La Conférence de l'uniformisation du droit a simplement décidé qu'elle n'en ferait rien, et qu'elle laisserait cette question à la discrétion des juges.

Dans une partie de son rapport, et je ne crois pas me tromper sur ce point, le groupe de travail a formulé une recommandation relativement au fardeau de la preuve dans

[Text]

thought, "that is a good idea, because the case law is so confused here. A very simple two-line statement will take care of it and get rid of all the confusion." The Uniform Law Conference looked at the provision and said, "No. We don't want this." I have forgotten their exact reasons. "Let the judges develop it." It was just taken right out and so this statute says nothing about it.

Here was a chance to do a service, and yet they ducked it. And yet in other areas, where the law is quite clear and nobody needs any help because the law is not confused, they want to render it into statute. I say, if you are reform minded, well, reform.

Another area I find just shocking is that of similar facts, which is a very complex area of the law which I think I can understand. I can never get my students to understand what I am saying to them about it. Maybe that is an indication that I don't understand it, but I think I do understand it. The task force, the Uniform Law Conference and this bill have said nothing about that very difficult area of the law which I think can be reduced to a short statutory provision. I think it can. Maybe I am misled on this. This bill, following the Uniform Evidence Act which in turn follows the report of the tax force, simply ducks it.

Why does it duck it? Well, the report of the task force says, "Our judges have thought this through and they are doing a really good job. Let's leave it to common law development." My answer to that is that I do not think our judges have thought it through. I don't think it is as clear as they think it is. I think it is still pretty difficult. Maybe it is time for legislation, a short provision. I am not sure about that one. My real point is that if we are to have a reforming statute, then it must deal with the tough ones as well as the easy ones. But in a couple of areas they have ducked the tough ones. It is shocking.

Senator Deschatelets: Professor Schiff, have you read the brief which the Canadian Bar Association presented to this committee? Their conclusions are pretty much along the same lines as yours. They think there might be a need to improve the evidence law and they would welcome a uniform evidence act in certain sections, but they certainly do not agree with this entire bill.

Professor Schiff: I have not read their brief, sir. I have read their evidence, but only their evidence.

The Chairman: Well, Professor Schiff, you may be aware that they are to appear here a week from tomorrow with a very extensive brief. It sounds like they have prepared an exhaustive brief using a battery of lawyers and experts in various fields. We are looking forward with interest but with some trepidation to what they will have to tell us.

[Traduction]

une affaire de droit civil ayant trait à la réfutation d'un fait présumé. J'ai pensé: «Voilà une bonne idée, parce que le droit jurisprudentiel est tellement vague à ce sujet. Un simple énoncé de deux lignes suffirait à écarter toute cette confusion.» La Conférence canadienne de l'uniformisation du droit a dit qu'elle ne voulait pas de cette disposition. J'ai oublié les raisons précises qu'elle a invoquées. Elle a dit: «Laissons aux juges le soin de préciser». Par conséquent, il n'y a rien dans la loi à ce sujet.

L'occasion se présentait de faire quelque chose d'utile et on s'est esquivé. Mais dans d'autres secteurs où la loi est très claire et où personne n'a besoin d'aide parce qu'il n'y a pas de confusion, on veut l'inclure dans la loi. Tant qu'à faire des réformes pour le plaisir, eh bien faites-en.

Un autre point où je trouve leur attitude tout à fait révoltante, est celui de la similarité des faits. C'est une notion très complexe du droit que je pense comprendre, même si je ne peux jamais réussir à l'inculquer à mes étudiants. C'est peut-être un signe que je ne la comprends pas moi-même, mais au contraire je crois bien la comprendre. Le groupe de travail, soit la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, ainsi que le présent projet de loi n'abordent pas ce point très délicat du droit qui, à mon avis, pourrait être résumé dans une courte disposition de la loi. Je crois que c'est faisable. Je me trompe peut-être. Ce projet de loi qui fait suite à la Loi uniforme sur la preuve, qui à son tour fait suite au rapport du groupe de travail, a simplement évité la question.

Pour quelle raison? Le rapport du groupe de travail dit: «Nos juges ont réfléchi à cette question et ils accomplissent un très bon travail. Laissons cette question se régler selon l'interprétation de la common law.» A cela je réponds que j'estime que nos juges n'ont pas réellement étudié cette question à fond. Je ne crois pas qu'elle soit aussi claire qu'ils le prétendent. Je suis d'avis qu'elle demeure fort compliquée et qu'il serait probablement temps de légiférer, et de préparer une brève disposition à ce sujet. Je ne suis pas sûr de ce qu'il convient de faire mais là où je veux réellement en venir, c'est que si nous devons reformer le droit, il convient de traiter autant des questions compliquées que des questions simples. Mais dans quelques domaines, la Commission a évité les questions compliquées. C'est révoltant.

Le sénateur Deschatelets: Monsieur Schiff, avez-vous lu le mémoire présenté par les représentants de l'Association du Barreau canadien à notre comité? Leurs conclusions vont dans le même sens que les vôtres. Ils sont d'avis qu'il y a sans doute lieu d'améliorer la Loi sur la preuve et ils se disent prêts à accepter certains articles de la Loi sur l'uniformisation de la preuve, mais qu'ils ne sont certes pas d'accord avec toutes les dispositions du projet de loi.

M. Schiff: Je n'ai pas lu leur mémoire, monsieur. J'ai lu leurs témoignages seulement.

Le président: Eh bien, professeur Schiff, vous savez sans doute que des représentants de l'Association doivent comparaître ici dans une semaine et présenter un mémoire très complet. Il semble qu'ils aient préparé un mémoire exhaustif avec l'aide d'un bon nombre d'avocats et de spécialistes dans divers

[Text]

Senator Deschatelets: I believe that is the result of a discussion the bar had with officials of the department.

The Chairman: Yes. I believe it is a result of their own subcommittee's work.

Senator Deschatelets: I believe, Madam Chairman, that they said their original presentation was a preliminary presentation only.

The Chairman: Yes, and they said it was far from complete, that they had much more to say.

Senator Godfrey: Professor Schiff, I understood you to say that people from the law teaching profession were not encouraged to make representations. Being interested in the general idea of having the government give notice and comment, and so on, may I ask if you were actually discouraged from participating, or was that a choice you made on your own?

For instance, when I see things that annoy me, I write letters to the papers. I would have thought law professors would not need to be invited to tell the department what they thought of something they saw. I just wondered what the general atmosphere was. Why was there not a response at that time? You are certainly forthright in your brief today.

Professor Schiff: We were certainly not invited. We were certainly not involved. I was surprised, dismayed and unhappy about the composition of the task force. It was comprised of representatives of the Departments of the Attorneys Gen of the various provinces and of the Ministry of Justice of Canada. It had on it competent members of those departments, but none of them purported to be scholars in this field. They were competent and intelligent, undoubtedly, but not scholars. We like to think of ourselves as scholars, people teaching in universities and spending their lives thinking about these areas. However, these people went ahead and did their job. When I was told, as I was on the telephone, "You guys have had your chance. Now the practical people from the government and government departments will do the job which you messed up," that to me was not active encouragement, to say the least.

When every six months or so these preliminary reports came out in the criminal reports commercially published, it did not look to me as if that was an invitation for comment. I did not see it as such. Certainly, nobody ever wrote me a letter saying, "Schiff, you are a guy who works in this area. Why don't you give us the benefit of your thinking? We will take it into account." Not a bit of it. Those were preliminary reports from the task force to the master of the task force, which was the Uniform Law Conference. The Uniform Law Conference had said to them, "Investigate the law. Here are the guidelines to investigate the law. Come back to us by a certain deadline date and tell us what we, the Uniform Law Conference, should do." They did that. They got an extension because they did not

[Traduction]

domaines. Nous attendons avec intérêt, mais avec une certaine appréhension, leurs témoignages.

Le sénateur Deschatelets: Je crois que le mémoire fait suite à une discussion que des représentants du Barreau ont eue avec des fonctionnaires du ministère.

Le président: Oui. Je crois qu'il s'agit des conclusions du travail de son propre sous-comité.

Le sénateur Deschatelets: Je crois savoir, madame le Président, qu'ils avaient dit que leur premier mémoire n'était qu'un mémoire préliminaire.

Le président: Oui et ils ont ajouté qu'il était loin d'être complet, et qu'ils avaient encore beaucoup à dire.

Le sénateur Godfrey: Professeur Schiff, je crois comprendre que vous avez dit que les professeurs de droit n'avaient pas été encouragés à présenter des instances. Étant intéressé de façon générale à ce que le gouvernement donne un avis de ses intentions et obtienne des commentaires, puis-je vous demander si on vous a en réalité découragé de participer ou s'il s'agissait de votre propre choix?

Lorsque je lis des choses qui m'ennuient, j'écris des lettres aux journaux. J'aurais cru que les professeurs de droit n'avaient pas besoin d'une invitation pour communiquer au ministère leur point de vue. Je me demande simplement quelle était l'ambiance générale. Pourquoi n'y a-t-il pas eu des réactions à ce moment-là? Vous n'avez certes pas mâché vos mots dans votre mémoire aujourd'hui.

M. Schiff: Nous n'avons certes pas été invités à participer. J'ai été étonné, consterné, et malheureux de la composition du groupe de travail. Il comprenait des représentants des procureurs généraux des diverses provinces et du ministère fédéral de la Justice. Les participants étaient certes compétents, mais aucun d'eux ne pouvait prétendre être un spécialiste en la matière. Ils étaient compétents et intelligents sans doute, mais pas des spécialistes. Nous nous considérons comme des spécialistes, nous enseignons dans les universités et passons notre vie à traiter de ces questions. Toutefois, ces personnes sont allées de l'avant et ont fait leur travail. Lorsque l'on m'a dit au téléphone: «Vous avez eu votre chance. Maintenant les hommes politiques et les fonctionnaires des divers ministères vont s'atteler à la tâche et essaieront de réparer les pots cassés» le moins que je puisse dire, c'est que cela ne m'a pas semblé une invitation très chaleureuse à participer.

La publication de ces rapports préliminaires dans les Canadian Criminal Law Reports ne m'a pas semblée être une invitation à faire des commentaires. Du moins, je ne l'ai pas considérée comme telle. Chose certaine, personne ne m'a écrit une lettre disant: «Schiff, vous travaillez dans ce domaine. Pourquoi ne pas nous faire bénéficier de vos idées? Nous en tiendrons compte» Bernique! Il s'agissait de rapports préliminaires du groupe de travail destinés au maître d'œuvre du groupe de travail, la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit. On leur avait dit: «Faites enquête. Voici les lignes directrices. Revenez-nous à une certaine date et dites-nous ce que tous devrions faire, ce que la Conférence de l'uniformisation du droit, devrait faire». C'est ce qu'ils ont fait.

[Text]

meet the deadline. They took a couple of years more, but they responded.

I did not personally feel that I was being invited in any meaningful way to participate in that. Then, when the process was all over—and this to me was quite amazing—the Uniform Law Conference received the report, debated it and produced a Uniform Evidence Act, but did not then widely publish it. Indeed, I discovered I could not obtain a copy of it. I went round and asked people who had been on the task force to give me a copy. There weren't any available.

It certainly was not publicized in such a way that the bar knew about this. Indeed, some lawyers were amazed when they read in the newspaper that Bill S-33 had been introduced in the Senate. They had not heard of it before. Maybe they should have.

They should have read the Canadian Criminal Law Reports, but there was no real attempt to involve the profession on this on-going study, certainly no attempt was made, as was made by the Law Reform Commission. That commission advertised at length in legal magazines and invited the profession to get involved. This was an in-house product.

Senator Godfrey: They did not say they would welcome comments?

Professor Schiff: No.

The Chairman: Professor Schiff, do law professors have an association which reviews matters of common interest, as does the Canadian Bar Association, or do you work within that association? As we understand it, that is mostly comprised of the practising bar. You are in the academic field, so I wonder if there is a group of law professors which reviews various legislation in an attempt to formulate some opinions or level some criticisms.

Professor Schiff: Not in a formal way, although many of us are members of the Canadian Bar Association. I am a member of a number of the committees of that association. There is the Canadian Association of Law Teachers which gets together once a year at the Learned Societies' Conference. But that group does not attempt to keep up with on-going studies.

Indeed, when the Law Reform Commission of Canada published its report in 1975, a very important session of the Canadian Association of Law Teachers discussed that report because the commission asked the association for their views on the report. They found out in no uncertain terms that the profession did not like it. So, when we were invited to make submissions, we did. I made submissions, and there was an important discussion at a meeting of the Canadian Association of Law Teachers regarding that report. In the busy practice of law it is hard to get lawyers off their rear ends because they have clients pounding their doors for advice. It is hard to get them to do something unless they are specifically asked.

[Traduction]

Ils ont obtenu une prolongation parce qu'ils n'ont pu respecter la date limite. Ils ont pris environ deux ans de plus mais ils ont agi.

Je ne crois pas personnellement avoir été réellement invité à participer au processus. Puis, lorsque tout a été terminé—et j'en ai été très étonné—la Conférence sur l'uniformisation du droit a reçu le rapport, l'a débattu et a publié une Loi uniforme sur la preuve, mais ne l'a pas diffusée. En fait, j'ai constaté que je ne pouvais pas en obtenir d'exemplaire. J'ai demandé à des personnes qui avaient fait partie du groupe de travail de m'en donner un exemplaire, mais il n'y en avait pas de disponible.

Ce rapport n'a certainement pas été diffusé de façon à ce que le Barreau puisse en prendre connaissance. Certains avocats ont certes été étonnés de lire dans les journaux que le projet de loi S-33 avait été présenté au Sénat. Ils n'en avaient pas entendu parler avant. Peut-être aurait-il fallu leur en parler.

Ils auraient dû lire les *Canadian Criminal Law Reports* mais il n'y a eu en réalité aucun effort visant à faire participer les juristes à cette étude certes il n'y a eu aucune invitation comme celle qui a été faite par la Commission de réforme du droit. La Commission avait annoncé ses travaux dans les revues de droit et invité les juristes à participer. Mais ce document était une production interne.

Le sénateur Godfrey: La Conférence n'a pas fait savoir qu'elle accueillerait volontiers tous commentaires?

M. Schiff: Non.

Le président: Monsieur Schiff, les professeurs de droit ont-ils une association qui étudie les questions d'intérêt public, comme le fait l'Association du barreau canadien? Travaillez-vous au sein de cette dernière association? Si j'ai bien compris, la plupart des praticiens du droit en font partie. Comme vous œuvrez dans le secteur universitaire, je me demande s'il y a un groupe de professeurs de droit qui étudient les diverses lois en vue de formuler certaines opinions ou critiques.

M. Schiff: Non, pas de façon officielle, bien qu'un grand nombre d'entre nous sommes membres de l'Association du barreau canadien. Je fais partie d'un certain nombre de comités de cette association. Il y a l'Association canadienne des professeurs de droit qui se réunit une fois par année à la Conférence des sociétés savantes. Mais ce groupe ne se tient pas au courant des études en cours.

Certes, quand la Commission de la réforme du droit au Canada a publié son rapport en 1975, une session très importante de l'Association canadienne des professeurs de droit a été consacrée à la discussion de ce rapport, parce que la Commission avait demandé à l'Association de lui faire part de ses vues. Il est apparu sans équivoque que les professeurs n'aimaient pas le rapport. Aussi, lorsque nous avons été invités à présenter un mémoire, nous l'avons fait. J'ai présenté un mémoire et une discussion importante a eu lieu au cours d'une réunion de l'Association canadienne des professeurs de droit concernant ce rapport. Il est difficile de faire participer des avocats, parce que la pratique du droit les tient très occupés, les clients se bousculant à leur porte pour obtenir des conseils. Il est

[Text]

I know from reading the evidence of the Canadian Bar Association that they were not involved in the beginning, they were not involved as things went along, and they certainly were not involved when the Uniform Evidence Act was published, referred to the Department of Justice, and came out as Bill S-33.

Senator Deschatelets: Are you saying that, once the conference made its report, it should have been tabled by the Minister of Justice as a green paper to promote discussion on this matter?

Professor Schiff: That could have been done. In the fall of 1981, quite by accident, I found out that the task force report had been adopted by the Uniform Law Conference of Canada. This was through meeting a friend on the street who was on that task force. I asked him what was being planned, and he told me that they were drafting the Uniform Evidence Act. I asked him for a copy of it and he told me that the draft was not available yet. I asked him if he would send me a copy when it was available and he said we would. I waited for that, and around Christmas of 1981 I telephoned him and asked for a copy. At that time he told me he only had the one copy but would be pleased to photocopy it for me. He did so, and that is how I received my copy. I then asked him how I might obtain a copy of the report, and he said that the members of the task force were not given one. I asked him where I might obtain one and he referred me to the Department of Justice. I called the officials of the Department of Justice and was told that Carswell's would be publishing it. I called a friend at the department and asked him for a copy and he said he could not spare it. Carswell's finally published that during the following summer, and since I know someone at Carswell's I picked up a free copy. Otherwise I would have had to pay \$80.

The next thing I heard was that this bill was presented in the Senate, and I learned that from a notice in the paper. I immediately telephoned Ottawa and asked the Department of Justice office of publicity to send me a copy of the bill.

When I told people that the Uniform Evidence Act was published and available in the fall of 1981 or the beginning of 1982, they were amazed. I was running photo copies off on my photocopying machine so that people would have copies. Several downtown lawyers had not heard of it, and I made copies available to them.

Senator Deschatelets: Madam Chairman, the same criticism has been levelled by the Canadian Bar Association, whether it was well-founded or not.

The Chairman: There appears to be a serious hiatus in our law-making process. Perhaps as a result of our experience, the Minister of Justice will take notice of those criticisms, and I am sure he will.

[Traduction]

difficile d'obtenir qu'ils fassent quelque chose à moins qu'on le leur ait demandé particulièrement.

Je sais, après avoir lu les témoignages de l'Association du barreau canadien, que ses membres n'ont pas participé dès le début, et même par la suite. Chose certaine, ils n'ont pas pris part au processus lorsque la Loi uniforme sur la preuve a été publiée, renvoyée au ministère de la Justice, et déposée devant le Parlement dans le projet de loi S-33.

Le sénateur Deschatelets: Vous croyez qu'une fois que la Conférence a fait son rapport, le ministre de la Justice aurait dû déposer un Livre vert, afin d'encourager la discussion sur cette question?

M. Schiff: On aurait pu procéder de cette façon. Au cours de l'automne de 1981, tout à fait par hasard, en rencontrant dans la rue avec un ami qui faisait partie de ce groupe de travail j'ai appris que le rapport du groupe de travail avait été adopté par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit. Je lui ai demandé quels étaient leurs projets, et il m'a dit qu'ils étaient en train de rédiger la Loi uniforme sur la preuve. Je lui en ai demandé un exemplaire et il m'a dit que le projet n'était pas encore prêt. Je lui ai demandé s'il pouvait m'en faire parvenir une copie lorsqu'il serait publié et il a acquiescé. J'ai attendu et aux alentours de Noël 1981, je lui ai téléphoné et lui ai réitéré ma demande. Il m'a déclaré à l'époque qu'il ne possédait qu'un seul exemplaire, mais qu'il serait heureux de m'en faire une photocopie. C'est ce qu'il a fait et c'est ainsi que j'ai obtenu ma copie. Je lui ai ensuite demandé comment il me serait possible de me procurer un exemplaire du rapport et il m'a dit que les membres du groupe de travail n'en avaient pas reçu. Je lui ai demandé où il serait possible de s'en procurer un et il m'a dit de m'adresser au ministère de la Justice. J'ai appelé les fonctionnaires de ce ministère qui m'ont dit que Carswell publierait le rapport. J'ai appelé un ami du ministère pour lui demander un exemplaire et il m'a répondu qu'il n'avait aucun exemplaire disponible. Carswell a finalement publié le rapport l'été suivant et, étant donné que je connais un représentant de cette société, j'ai obtenu gratuitement un exemplaire, sans quoi j'aurais dû payer \$80.

J'ai ensuite appris que le projet de loi devait être présenté au Sénat, et ce, grâce à un avis publié dans le journal. J'ai immédiatement téléphoné à Ottawa et ai demandé au bureau de la publicité du ministère de la Justice de m'envoyer un exemplaire du projet de loi.

Lorsque j'ai dit à certaines personnes que la Loi uniforme sur la preuve était publiée et serait disponible au cours de l'automne 1981 ou au début de 1982, ils étaient surpris. J'ai utilisé ma machine à photocopier pour pouvoir distribuer des exemplaires. Plusieurs avocats du centre-ville n'étaient pas au courant et je leur ai remis des copies.

Le sénateur Deschatelets: Madame le Président, qu'elle soit fondée ou non, la même critique a été formulée par l'Association du barreau canadien.

Le président: Il semble y avoir une lacune sérieuse dans notre méthode d'élaboration des lois. Peut-être qu'à la suite de notre expérience, le ministre de la Justice prendra note de ces critiques et je suis certaine qu'il le fera.

[Text]

As you may be aware, the department will go over all the evidence we have heard and will hear to the end of June when Parliament adjourns. The departmental officials will go over these criticisms and suggestions in detail. I am hopeful that, in the fall, not only members of the bar, but members of the academic community will be aware of the revisions.

It is the intention at this point to produce some kind of evidence act, and fortunately the Minister of Justice has said that he is not rushing anyone, that he hopes the proposed legislation will be acceptable to everyone, and that it satisfies the criticisms levelled by those concerned.

On behalf of the members of the committee, I thank you for your appearance today.

Honourable senators, I should like to remind you that we have a meeting scheduled tomorrow at 4 p.m. At that time the officials from the Canadian Business Equipment Manufacturers Association will appear before the committee.

Senator Asselin: On the same bill?

The Chairman: Yes.

Senator Asselin: Why are we proceeding with this bill when we know that this is a bill which is not acceptable? All of the witnesses who have appeared before the committee have said that. Why waste our time? We should be doing something else. We should report this bill to the Senate recommending that it be referred back to the department and that the department re-write the bill. Why waste our time?

The Chairman: Senator Asselin, there are probably two aspects to your comments. First of all, it would be unfair to say that all the witnesses think the bill is a bad one.

Senator Asselin: The vast majority of them think so.

The Chairman: For instance, Mr. Greenspan and the two women counsellors who appeared the week prior to Mr. Greenspan's appearance had serious objections to specific areas of the bill, but in general they approved of the bill.

I think Mr. Justice Pigeon in fact approved of the bill.

Senator Asselin: He did not say very much.

The Chairman: But he did say that he approved of the general idea.

All we can hope to achieve is to get on our record in the next couple of weeks as much comment on the bill as possible so that the departmental officials can review that during the summer. That being the case, they will have all of the suggestions and criticisms and we can hope to be presented with a modified and improved bill in the fall.

Senator Deschatelets: How many witnesses are lined up?

The Chairman: We have the Canadian Business Equipment Association scheduled for tomorrow. A meeting was scheduled

[Traduction]

Comme vous le savez probablement, le ministère examinera tous les témoignages que nous avons entendus et que nous entendrons jusqu'à l'ajournement du parlement, à la fin du mois de juin. Les fonctionnaires du ministère étudieront en détail ces critiques et ces propositions. J'espère qu'à l'automne, non seulement les membres du Barreau mais aussi les membres de la communauté universitaire seront informés des révisions.

Actuellement, l'objectif est de produire une loi sur la preuve, et le ministre de la Justice a heureusement déclaré qu'il ne pressait personne, qu'il espérait que la loi envisagée sera acceptable pour tout le monde et qu'elle répondra aux critiques formulées par les intéressés.

Au nom des membres du comité, je vous remercie d'avoir comparu aujourd'hui.

Honrables sénateurs, je désire vous rappeler que nous avons une réunion prévue pour demain à 16 heures, au cours de laquelle les représentants de l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau comparaîtront devant le comité.

Le sénateur Asselin: Relativement au même projet de loi?

Le président: Oui.

Le sénateur Asselin: Pourquoi poursuivons-nous l'étude de ce projet de loi alors que nous savons qu'il n'est pas acceptable? Tous les témoins qui ont comparu devant le comité l'ont déclaré. Pourquoi perdre notre temps? Nous devrions nous occuper d'autre chose. Nous devrions faire rapport de ce projet de loi au Sénat en recommandant qu'il soit renvoyé au ministère afin que ce dernier procède à une nouvelle rédaction. Pourquoi perdre notre temps?

Le président: Sénateur Asselin, vos remarques comportent deux aspects. Tout d'abord il est injuste de dire que tous les témoins sont d'avis que le projet est mauvais.

Le sénateur Asselin: C'est l'avis de la grande majorité.

Le président: Par exemple, M. Greenspan, ainsi que deux conseillers qui ont comparu avant lui ont formulé des objections sérieuses sur des points précis du projet de loi mais, dans l'ensemble, elles l'approuvaient.

En fait, je pense que le Juge Pigeon approuve le projet de loi.

Le sénateur Asselin: Il n'était pas très enthousiaste.

Le président: Mais il a déclaré qu'il approuvait l'idée générale.

Tout ce que nous pouvons espérer, c'est d'obtenir, au cours des prochaines semaines, le plus d'observations possible au sujet du projet de loi afin que les fonctionnaires du ministère puissent les étudier au cours de l'été. Ils auront ainsi en main toutes les propositions et critiques, et il est à espérer qu'on nous présentera un projet de loi modifié et amélioré à l'automne.

Le sénateur Deschatelets: Combien de témoins doivent comparaître?

Le président: L'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau doit comparaître demain. Une réunion

[Text]

for 11.15 a.m. Thursday, but because of funeral arrangements for the late Senator Lamontagne, I am requesting that that meeting take place at 2.30 in the afternoon. At that time the Canadian Payments Association will appear before the committee and will deal with only a particular area of the bill. They represent the banks and the credit unions and have expressed the desire to deal with the clauses involving evidence with regard to cheques and other forms of financial transactions.

On Wednesday of next week, the Canadian Bar Association will be appearing before us, and they wish to present a very long brief.

Senator Deschatelets: Will that be presented by the witnesses who appeared before us previously?

The Chairman: No, some of their top people, including the president and other members will be appearing.

Senator Bosa: Is that a week from today?

The Chairman: It will be on Wednesday. I have already told Senator Frith that I should like to commence that meeting at 2.30 in the afternoon. I believe that will be one of the most important briefs we will receive.

One other meeting is scheduled for Thursday at 11.15 when we will be hearing from the Association of Records Managers and Administrators. They will deal with the problems of evidence as they apply to technology in this new computer era. I think that will be of some interest to honourable senators. That, I hope, will conclude the evidence the committee will hear.

I should like at some point over the next week to have a discussion with members of the committee regarding the interim report to the Senate. Our interim report to the Senate should cover the evidence we have heard and should not go into a lot of detail. The report will simply state that the bill will be referred back to the department and take cognizance of the many briefs we have heard. We will simply report what we have done in connection with this bill.

Senator Bosa: Do you plan to ask the committee to sit while the Senate is not sitting?

The Chairman: Do you mean during the summer?

Senator Bosa: No.

The Chairman: This Thursday the Senate will not be sitting.

Senator Bosa: The deputy house leader has intimated that we may not be sitting a week from this Thursday either.

The Chairman: That depends on the amount of legislation the Senate has to deal with.

Senator Bosa: I believe we will be sitting on Monday.

The Chairman: We will be sitting on Monday evening and very afternoon until he or someone decides the Senate need not sit, when we may have committee hearings instead. Senator Frith has indicated that we would have to sit on the afternoon of Wednesday, June 22, but that we would get

[Traduction]

était prévue jeudi à 11 h 15 mais, par suite des funérailles du sénateur Lamontagne j'ai demandé que la réunion ait lieu cet après-midi à 14 h 30. La Canadian Payments Association comparaitra devant le comité et se penchera sur un point particulier du projet de loi. Cette association représente des banques et des caisses de crédit. Elle a exprimé le désir de traiter de nouveau des articles concernant la preuve relativement aux chèques et autres formes de transactions financières.

Mercredi prochain, l'Association du barreau canadien comparaitra devant nous et désire présenter un très long mémoire.

Le sénateur Deschatelets: Sera-t-il présenté par les témoins que nous avons déjà entendus?

Le président: Non, certains de ses dirigeants, y compris le président et d'autres membres comparaitront.

Le sénateur Bosa: Ce sera dans une semaine?

Le président: Mercredi. J'ai déjà dit au sénateur Frith que j'aimerais commencer la réunion à 14 h 30. Je crois qu'il s'agira de l'un des plus importants mémoires que nous recevrons.

Pour jeudi, à 11 h 15, il est prévu une autre réunion au cours de laquelle nous entendrons les représentants de l'Association of Records Managers and Administrators. Ils parleront des problèmes de la preuve, tels qu'ils s'appliquent à la technologie dans ce nouveau domaine de l'informatique. Je pense que ces témoignages présenteront un certain intérêt pour les honorables sénateurs et j'espère qu'ils marqueront la fin des audiences du comité.

Au cours de la semaine prochaine, j'aimerais avoir une discussion avec les membres du comité en ce qui concerne le rapport provisoire présenté au Sénat. Ce rapport doit couvrir les témoignages que nous avons entendus sans trop entrer dans les détails. Il précisera simplement que le projet de loi sera renvoyé au ministère, tout en prenant acte des nombreux témoignages que nous avons entendus. Nous rendrons simplement compte de ce que nous avons fait en ce qui concerne ce projet de loi.

Le sénateur Bosa: Envisagez-vous de demander au comité de siéger alors que le Sénat ne siège pas?

Le président: Vous voulez dire pendant l'été?

Le sénateur Bosa: Non.

Le président: Ce jeudi, le Sénat ne siégera pas.

Le sénateur Bosa: Le leader adjoint à la Chambre a déclaré que nous ne pouvions pas non plus siéger pendant une semaine à partir de ce jeudi.

Le président: Cela dépend du programme législatif du Sénat.

Le sénateur Bosa: Je crois que nous siégerons lundi.

Le président: Nous siégerons lundi soir et pendant toutes les après-midi jusqu'à ce que le leader adjoint à la Chambre décide que le Sénat n'est pas tenu de siéger et de tenir uniquement les séances des comités. Le sénateur Frith a indiqué que nous devrons siéger au cours de l'après-midi du

[Text]

permission to start our committee meeting at 2.30 p.m. There may be a royal assent much later that day. We will attempt to give the Canadian Bar Association as much time as possible. That meeting has been set up for 2.30 p.m. on Wednesday. We hope that that will complete our study of this bill until we return in the fall at which time there may be a new version of this bill.

Senator Asselin: I believe the Senate Reform Committee will be sitting at 3.15 on Thursday afternoon, and I must be in attendance. I believe some other senators will also wish to attend.

The Chairman: Honourable senators, I am in your hands. We will be here on Monday, but bear in mind that the Prince and Princess of Wales will be here on Monday afternoon, and the reception I believe will start at 4.45. Perhaps we could call our meeting for 1.30 or 2 o'clock on Monday of next week to accommodate honourable senators.

Senator Asselin: That is much better.

The committee adjourned.

[Traduction]

mercredi 22 juin mais que nous obtiendrons la permission de commencer la réunion de notre comité à 14h 30. Il pourrait y avoir une sanction royale plus tard dans la journée. Nous essayerons d'accorder le plus de temps possible à l'Association du barreau canadien. Cette réunion est prévue pour mercredi à 14h 30. Il est à espérer que nous terminerons notre étude de ce projet de loi et qu'il y en aura une nouvelle version à notre retour à l'automne.

Le sénateur Asselin: Je crois que le comité de réforme du Sénat siégera jeudi à 15h 15 et je dois assister à la réunion. Je crois que quelques autres sénateurs désireront aussi être présents.

Le président: Honorables sénateurs, je m'en remets à vous. Nous serons ici lundi mais souvenez-vous que le Prince et la Princesse de Galles arriveront lundi après-midi et que la réception commencera, je crois, à 16h 45. Pour la commodité des honorables sénateurs, peut-être pourrions-nous prévoir notre réunion pour lundi à 13h 30 ou à 14 heures.

Le sénateur Asselin: C'est préférable.

La séance est levée.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESS—TÉMOIN

Professor Stanley Schiff, Faculty of Law, University of
Toronto.

M. Stanley Schiff, professeur, Faculté de droit, Université
de Toronto.



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and
Constitutional Affairs

Affaires juridiques et
constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Wednesday, June 15, 1983

Le mercredi 15 juin 1983

Issue No. 64

Fascicule n° 64

Twelfth proceedings on:

Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Douzième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»

WITNESSES:
(See back cover)

TÉMOINS:
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—

Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—

Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit»

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déferé au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

WEDNESDAY, JUNE 15, 1983
(93)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:05 p.m., the Chairman, the Honourable Senator Joan Neiman, presiding.

Present: The Honourable Senators Deschatelets, Haidasz, Lapointe, Neiman, Nurgitz and Rousseau. (6)

In attendance: Mr. Donald MacDonald, Research Officer, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witnesses:

From the Canadian Business Equipment Manufacturers Association:

Mr. John Reid, Control Data Canada, Ltd. (Chairman CBEMA Legislation Committee);

Mr. Jon Creighton, Kodak Canada Inc. (Member, CBEMA Legislation Committee);

Mr. Yves Desjardins-Siciliano, IBM Canada Ltd. (Member, CBEMA Legislation Committee).

The Committee resumed consideration of Bill S-33 intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

On motion by the Honourable Senator Nurgitz, it was agreed,—That the brief submitted by the Canadian Business Equipment Manufacturers Association be printed as an appendix to this day's proceedings. (*See Appendix 64-A*).

Mr. Desjardins-Siciliano made a statement and he, and the other witnesses, answered questions.

At 5:15 p.m., the Committee adjourned until Thursday, June 16, 1983 at 1:30 p.m.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Denis Bouffard

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE MERCREDI 15 JUIN 1983
(93)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 16 h 05, sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (présidente).

Présents: Les honorables sénateurs Deschatelets, Haidasz, Lapointe, Neiman, Nurgitz et Rousseau. (6)

Aussi présent: M. Donald MacDonald, attaché de recherche, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoins:

De l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau:

M. John Reid, Control Data Canada Ltée, (président du Comité de la législation de l'A.C.F.E.B.)

M. Jon Creighton, Kodak Canada Inc. (Membre du Comité de la législation de l'A.C.F.E.B.)

M. Yves Desjardins-Siciliano, IBM Canada Ltée, (Membre du Comité de la législation de l'A.C.F.E.B.).

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-33, «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit.»

Sur la motion de l'honorable sénateur Nurgitz, il est convenu: Que le mémoire présenté par l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau soit publié en annexe des délibérations d'aujourd'hui. (*Voir l'annexe 64-A*)

M. Desjardins-Siciliano fait une déclaration et avec l'aide des autres témoins, répond aux questions.

A 17 h 15, le Comité suspend ses travaux jusqu'au jeudi 16 juin 1983 à 13 h 30.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Wednesday, June 15, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 4 p.m., to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (Chairman) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, we are pleased to have with us this afternoon as representatives of the Canadian Business Equipment Manufacturers' Association Mr. Jon Creighton, and Mr. John Reid who are both on the Legislation Committee of this association. We also have with us Mr. Desjardins-Siciliano. At some point, he will show some slides. Mr. Desjardins-Siciliano has also done much of the preparation of the statement which we have before us.

I would ask for a motion that the statement be appended to the *Minutes of the Proceedings*.

Senator Nurgitz: I so move.

Hon. Senators: Agreed.

The Chairman: Will you proceed, Mr. Reid, please?

Mr. John Reid, Control Data Canada, Ltd., Chairman CBEMA Legislation Committee: Madam Chairman, honourable senators, I should like to thank the Senate for allowing us to appear before this committee to submit comments on Bill S-33.

We at CBEMA recognize the need for the reform of the rules of evidence. In this presentation, we would like to restrict our comments to clauses 130 to 159 of Bill S-33. Those clauses deal with the data processing environment and the admissibility of recorded evidence.

We support the principles set forth in those clauses; however, our recommendation is that the words, "reflect accurately," be deleted from subclause (c) of the definition of "original" in clause 130 of the bill. This is the major point of our presentation.

I should now like to turn you over to Mr. Desjardins-Siciliano who will present CBEMA's submission paper.

M. Yves Desjardins-Siciliano (conseiller juridique associé, IBM Canada Ltée): Madame le président, mon collègue, M. Reid, vient de vous indiquer que notre recommandation est de soustraire les mots "réflètent fidèlement" contenus à l'article 130 paragraphe (c) du projet de loi S-33. Essentiellement, je désirerais vous expliquer l'environnement de l'informatique pour ensuite me diriger vers les raisons de droit pour lesquelles nous proposons cette recommandation.

Madam Chairman, the data processing environment is the most critical support system in today's business world. Further, the data processing environment is now extending itself to the homes of Canadians and will, therefore, become the support system of tomorrow's households.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, mercredi 15 juin 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, se réunit aujourd'hui à 16 heures pour étudier le projet de loi.

Le sénateur Joan Neiman (président) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, nous avons le plaisir d'accueillir cet après-midi des représentants de l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau, M. Jon Creighton et M. John Reid, qui sont tous deux membres du comité de la législation de cette Association. Nous avons également M. Desjardins-Siciliano. Tout à l'heure, il va nous présenter quelques diapositives. M. Desjardins-Siciliano est par ailleurs l'auteur d'une bonne partie du mémoire qui vous a été distribué.

J'aimerais obtenir une motion pour que ce mémoire soit annexé au procès-verbal.

Le sénateur Nurgitz: Je propose une motion en ce sens.

Des voix: Accepté.

Le président: M. Reid, nous vous écoutons.

M. John Reid, Control Data Canada Ltd., président du Comité de la législation de l'ACFEB: Madame le président, honorables sénateurs, j'aimerais remercier le Sénat de nous avoir permis de comparaître devant ce Comité pour formuler nos commentaires sur le projet de loi S-33.

Notre association a constaté la nécessité de réformer les règles de preuve. Au cours de notre intervention, nous allons nous consacrer uniquement aux articles 130 à 159 du projet de loi, où il est question du domaine de l'informatique et de la recevabilité de la preuve documentaire.

Nous approuvons les principes énoncés dans ces dispositions; cependant, nous recommandons la suppression des mots «réflètent fidèlement» à l'alinéa (c) de la définition de l'«original» de l'article 130. C'est là le principal élément de notre intervention.

J'aimerais maintenant passer la parole à M. Desjardins-Siciliano, qui va vous présenter le mémoire de l'ACFEB.

Mr. Yves Desjardins-Siciliano (Associate Legal Counsel, IBM Canada Ltd.): Madam Chairman, my colleague, Mr. Reid, has just indicated to you that our recommendation is that the words "reflects accurately" be removed from clause 130(c) of Bill S-33. Essentially what I want to explain to you is the data-processing environment, and then I would like to address myself to the legal reasons behind our recommendation.

Madame le Président, le traitement des données est devenu le support essentiel des activités commerciales d'aujourd'hui. Les techniques d'informatisation se propagent rapidement jusqu'au foyer et seront demain une des composantes essentielles de l'économie familiale.

[Text]

You must, therefore, keep in mind that not only are we talking about computer technology and data processing in terms of big business or organizations; we are also talking of small businesses, professionals, doctors' offices and households where computers are now used and will be in use even more in the future as a support system.

Essentially, today, Canadians are bombarded by more information from various sources on different topics than ever before. Data processing enables Canadians to store and deal with that information in a neat and orderly fashion. All of us have experienced going through the newspapers on the weekend and, by Monday morning, although we can remember we read something, we cannot remember where we read it. Computers enable you to quickly recall that information and use it to your benefit.

The processing of data involves four basic functions: the creation of data, of a statement or of a record—that is the word used in the bill; the manipulation of such statements or such data; the communication of it, known as electronic mail in today's environment where, by using a computer terminal, you can send electronic letters to someone else's terminal; and storage—as you would have with a vault or filing cabinet.

We must remember that the functions, therefore, are much more than those which are popularly perceived. People usually look upon computers as storing devices. They are much more than that. They are communication devices and devices with which you can manipulate data and act upon it.

Procedures by which you handle that information are essentially of two sorts. You can process data in batch processing. The word 'batch' is part of computer vocabulary. That is where you collect information over a certain amount of time by inputting that information into your computer to obtain, at a later point, the results of that processing.

By comparison, the second procedure is the on-line process. The on-line process is where you keyboard into your computer and, as you are inputting the information, the computer processes that information and, immediately, you have the results of the processing.

We must remember that, in both cases, the resulting statement, whether it is in the form of a printout or appears on a screen, does not contain the history of the process, nor does it reflect the original input of the data.

What we mean by that, Madam Chairman—c'est que l'information est située normalement dans différentes banques de données, qui sont logiquement intégrées mais qui sont physiquement séparées. Par exemple, si j'avais un terminal devant moi ici, et si j'appelais la liste des honorables sénateurs ainsi que leur date de naissance de même que leur lieu de naissance, il est possible que leur nom soit dans une banque de données dans cet édifice et que leur date de naissance soit dans les banques de données de l'assurance sociale, par exemple, dans un autre édifice et que leur lieu de naissance soit aussi dans une autre banque de données. Évidemment, l'information est logiquement intégrée car elle se rapporte au même sénateur. Cette information sera apportée simultanément à mon écran et

[Traduction]

Il faut bien comprendre que nous parlons ici non seulement de la technologie de l'informatique appliquée aux grandes entreprises et aux organismes, mais également des petites entreprises, des professionnels, des cabinets de médecins et des ménages, où les ordinateurs sont déjà utilisés et le seront encore davantage à l'avenir en tant que systèmes de soutien.

Jamais les Canadiens n'ont été bombardés par autant d'informations provenant de sources aussi différentes et portant sur des sujets si distincts. L'informatique permet aux consommateurs canadiens d'emmagasiner, de retrouver, de modifier et de faire circuler des éléments d'information de façon nette et ordonnée. Nous avons tous eu déjà l'occasion de lire un journal en fin de semaine et de constater, le lundi matin, que malgré le souvenir d'avoir lu quelque chose, nous étions incapables de déterminer où nous l'avions lu. Un ordinateur permet de retrouver facilement ce genre de renseignement et de pouvoir l'utiliser commodément.

L'informatisation implique quatre opérations fondamentales: la composition des données, ou des documents, selon la terminologie du projet de loi; la manipulation de ces données, leur communication, qui permet, par l'utilisation d'un terminal d'ordinateur, d'envoyer du courrier électronique ou terminal d'un correspondant; et la mémorisation, qui est l'équivalent de l'entreposage dans un coffre-fort ou dans un classeur de dossiers.

On remarquera que ces fonctions sont beaucoup plus étendues qu'on ne le croit généralement. Les gens considèrent les ordinateurs comme des appareils de stockage, alors qu'ils sont beaucoup plus que cela. Ce sont des appareils de communication, grâce auxquels on peut manipuler les données et les transformer.

Le traitement peut se faire par «lot». Dans un tel cas, les renseignements sont rassemblés sur une certaine période et introduits dans l'ordinateur pour obtenir ultérieurement les résultats du traitement.

Ou bien le traitement est «en direct» lorsque les renseignements sont introduits dans l'ordinateur et traités immédiatement par celui-ci, qui fournit aussitôt les résultats du traitement.

Dans un cas comme dans l'autre, le document final, imprimé ou visionné sur un écran, ne reflète normalement pas l'histoire de son contenu ni les détails de la procédure suivie.

Nous voulons dire par là, madame le président... The thing is that the information is normally located in different data banks—the data may be logically integrated but they are physically separated. For example, if I had a terminal here in front of me, and I called up a list of the Honourable Senators with their dates and places of birth, it is possible that their names would be in one data bank in this building, and their dates of birth in the social insurance data bank, for instance, and their places of birth in some other data bank again. Obviously the information is logically integrated because it refers to the same senator. The bits of information would come to my screen simultaneously and appear as one integral text

[Text]

apparaîtra comme étant un texte intégral décrivant le nom, la date de naissance et le lieu de naissance, tel que demandé.

Par contre, lorsque je renverrai cette information après que j'en aurai terminé, l'information sera immédiatement divisée comme elle l'était au départ et retournera dans les différentes banques de données, à moins que je ne la mette en réserve de façon intégrale. Donc, on doit se rappeler que l'information telle qu'elle apparaît à l'écran ou telle qu'elle apparaît sur le document imprimé n'est pas nécessairement à l'image exacte de la représentation dans l'ordinateur.

Le sénateur Deschatelets: Excusez-moi; voulez-vous répéter? Vous dites qu'elle n'est pas à l'image exacte?

Mr. Desjardins-Siciliano: Having a question which calls for clarification, I will stick to the text and just repeat what I have carefully written down.

Either way, the resulting printout does not usually reflect the history of its content and the details of the process. Essentially, therefore, the integrity of the statement meaning "Senator ABC, 25 March, 1942, St-Jean Port Joli, Quebec" does not necessarily exist as such, in that integral form, in the computer. You might have "Senator ABC" and an entire list of senators, followed by a list of birth dates, followed by a list of birth places; so that is what that statement refers to.

Therefore, because computers deal with information in the form of electrical impulse, it is obvious that the only tangible representation of information contained in a computer is the printout. We suspect that that is what attracts our attention when we must, as lawyers, introduce into evidence information that is contained in a computer. We have to have recourse to the printout, to the tangible form. Because of the form of electrical impulse taken by the computerized information while in the computer, and also because computer technology and telecommunication technology enables one to access information, with the use of a computer terminal, a phone, a modum and a telephone wire, one is able to communicate with a data bank that might be in a different location. For those reasons, and also because information is dealt with on a real time basis—meaning that simultaneously we manipulate and communicate data—many people consider that the opportunities for illicitly or erroneously manipulating data are too great. Such people say that, over the wire, somebody could intercept the data as it is communicated. In the case of *The Queen vs. MacLaughlin* in Alberta, a university student, by remote terminal, accessed a data bank and caused injury or damages. Because of such availability, people say that the risk is too high. CBEMA does not agree with that information, essentiellement pour deux raisons madame le président. La première raison est technologique.

In the computer environment, the risk that the computer itself might create errors is virtually non-existent. Of course, we have all heard of stories about computers having made "a

[Traduction]

giving the name, the date of birth and the place of birth, as I requested.

On the other hand, when I return that information after I've finished with it, it would immediately redive into its original bits, and return to the different data banks, unless I stored it as a single entity. So it must be borne in mind that the information as it appears on the screen or as it appears on the printed document is not necessarily exactly the same image as its representation in the computer.

Senator Deschatelets: I beg your pardon, would you mind repeating that? You say it's not exactly as it is in the computer?

M. Desjardins-Siciliano: On me demande des éclaircissements, et je vais donc m'en tenir au texte du mémoire, et reprendre ce que j'ai soigneusement consigné par écrit.

Dans un cas comme dans l'autre, l'imprimé définitif ne reflète normalement pas l'historique de son contenu ni les détails de la procédure suivie. On peut donc dire que le renseignement, par exemple «Sénateur untel, 25 mars 1942, Saint-Jean Port Joli, Québec» n'existe pas nécessairement en tant que tel, sous une forme concrète dans l'ordinateur. On pourrait aussi bien avoir «Sénateur untel» et toute une liste de noms, suivie d'une liste de dates de naissance et d'une liste de lieux de naissance; voilà donc à quoi correspond le renseignement.

Comme les ordinateurs traitent les renseignements sous forme d'impulsions électriques, il est clair que la sortie sur imprimante constitue la seule preuve tangible et lisible des données mémorisées. Voilà, à notre avis, ce qui importe lorsque nous devons, en tant qu'avocats, présenter comme élément de preuve des renseignements contenus dans un ordinateur. Nous devons avoir recours à la sortie sur imprimante, qui correspond aux renseignements présentés sous forme concrète. Comme les renseignements informatisés se présentent sous forme d'impulsions électriques pendant qu'ils sont dans l'ordinateur, et comme la technologie de l'informatique et de la télématique permet d'accéder à l'information à partir d'un terminal d'ordinateur, d'un téléphone, d'un modem ou d'un fil téléphonique, on peut communiquer avec une banque de données située ailleurs. Pour toutes ces raisons, et également parce que les renseignements sont traités en temps réel, c'est-à-dire que nous pouvons simultanément manipuler les données et les communiquer, nombreux sont ceux qui considèrent que les possibilités de manipuler les données de façon illicite ou erronée sont trop grandes. À leur avis, quelqu'un pourrait toujours intercepter des données pendant qu'elles sont communiquées. Dans l'arrêt *The Queen vs. MacLaughlin* rendu en Alberta, il est question d'un étudiant qui, à partir d'un terminal éloigné, a eu accès à une banque de données dans laquelle il a causé des dommages. Étant donné cette possibilité, certains estiment que le risque est trop grand. La CFEB n'est pas de cet avis. Basically for two reasons, Madam Chairman. The first reason is technological.

Dans le domaine de l'informatique, les risques d'erreurs par l'ordinateur sont inexistantes. Naturellement, il est parfois question d'erreur ou d'injustice causée par un ordinateur.

[Text]

mistake" or having created "an injustice." However, after close scrutiny—and after not-so-close scrutiny—Madame le Président, it often appears that the mistake was originally man-made at the level of the input of the information. For example, if I erroneously feed my brother's birth date rather than my own into the computer, obviously the result will not be too flattering in terms of my age. At the programming level, as well, errors can occur. If my programmer does not program the machine to operate correctly, obviously mistakes will result. These mistakes, however, are humanly created.

The second reason why we do not agree with that contention of risk is that, conceptually, we must ask ourselves whether the risks of erroneous or illicit manipulation of the date is greater in the computer environment than it is in the human environment. Are the risks of having an erroneous or falsified end statement greater in an environment where machines operate, transmit and process data than in an environment where 10, 15 or 100 clerks copy, retranscribe and write that data? I think it is clear, Madame le Président, that the risk in the former environment is not as high as it is in the latter. We can say with ease that the computer environment is at least as safe as is the human environment.

We therefore come to the question of admissibility as evidence. Under an exception to the hearsay rule, business records have always, under Canada's laws of evidence, enjoyed a presumption of reliability. The essential reason for this is that in our society we consider that businesses use their record-keeping systems not to prepare for litigation or for frivolous reasons, but because they rely on those record-keeping systems to do business. The businessman relies on his files in order to know how to figure out his "bottom line" or how to calculate his costs, for example. He does not use his record-keeping system with a view to litigation. Because of the rationale, therefore, we as a society have always considered that those systems should be presumed to be reliable.

In light of that, Madame le Président, we suggest that computer printouts, when they start coming into the business world, should not be dealt with any differently in the sense that they, too, should enjoy the same type of presumption. That is, they will reflect the orderly and net fashion of classifying and treating information in exactly the same way that business records are typically considered to be much more orderly than personal records.

This brings me to our next point, which has to do with treating printouts as originals. The definition of "original" is contained in clause 130, paragraph (c) of the bill. If I might, I will read it one more time for the benefit of honourable senators.

"original" means

(c) in relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output that reflects accurately the data or information or is the product of a system that does so;

The printout must be proven to reflect accurately the data—the electrical impulses—that are contained in the computer.

[Traduction]

Cependant, après vérification, Madame le Président, on constate souvent que le résultat est attribuable à une erreur humaine, commise à l'étape de l'introduction des données. Par exemple, si j'inscris par erreur la date de naissance de mon frère au lieu de la mienne, le résultat ne sera pas très flatteur pour moi. Il peut également y avoir des erreurs à l'étape de la programmation. Si le programmeur ne procède pas correctement, l'ordinateur va donner des résultats faux. Néanmoins, de telles erreurs sont d'origine humaine.

La deuxième raison pour laquelle nous réfutons l'argument du risque, c'est qu'au plan des principes, nous devons nous poser la question suivante: les risques de non fiabilité dus à une manipulation illicite ou fautive de données informatisées sont-ils plus grand que ceux de l'environnement humain traditionnel? Le risque d'obtenir un résultat final erroné ou falsifié est-il plus grand lorsque les données sont transmises et traitées par des machines que lorsqu'elles sont copiées et retranscrites par 10, 15 ou 100 commis? Je pense, madame le Président, que le risque est moins important dans le premier cas que dans le second. On peut dire, sans crainte de se tromper, que l'environnement informatique est au moins aussi sûr que l'environnement humain.

Venons-en maintenant à la question de la recevabilité en preuve. Faisant exception à la règle du oui-dire, les documents du secteur privé ont toujours bénéficié d'une présomption de fiabilité dans le régime canadien de la preuve. En effet, nous considérons que les entreprises tiennent des dossiers non pas en prévision d'éventuels litiges ou pour des raisons futiles, mais parce qu'elles en ont besoin dans leurs affaires. L'homme d'affaire se fie sur ses dossiers pour savoir où il en est ou pour calculer ses coûts, par exemple. Il ne les utilise pas en vue de litige. Voilà pourquoi dans notre société, on présume de la fiabilité des documents du secteur privé.

Dans ce contexte, madame le Président, nous estimons que les sorties sur imprimantes, depuis qu'elles ont fait leur apparition dans le monde des affaires, ne devraient pas être considérées différemment, et notamment, qu'elles devraient bénéficier d'une présomption identique, à savoir qu'elles correspondent à une façon commode de classer et de traiter l'information, tout comme les documents des entreprises privées sont considérés comme plus rigoureux que des documents personnels.

Voilà qui m'amène à notre argument suivant, qui concerne les imprimés d'ordinateurs considérés comme originaux. L'alinéa 130 (c) du projet de loi donne une définition de l'original. Si vous me le permettez, je vais en donner lecture une fois de plus pour les sénateurs.

La définition de l'«original» est la suivante:

c) relativement à des données informatisées, tout document intelligible provenant de l'appareil où ces données ont été enregistrées et qui les reflète fidèlement ou qui est le produit d'un système qui donne le même résultat;

Il faut prouver que l'imprimé d'ordinateur reflète exactement les données, sous forme d'impulsions électriques, que contient l'ordinateur.

[Text]

Mr. Tollefson of the Department of Justice had raised before honourable senators, at an earlier meeting of this committee, concerns of the Canadian Bankers' Association. Since that time, the Canadian Bankers' Association has appeared before this committee as well. I have had the benefit of reading their notes, from which I would like to quote their essential preoccupation. They describe their concern by way of example, and say:

For example, a court may seek answers to questions regarding methods of obtaining access to computer systems, the number of employees that can input into the system and receive information from it, the types of security checks performed to assure that employees will not misuse the information, and a host of other questions dealing with the potential for error and dishonesty affecting the computer system. If much of this information becomes a matter of public knowledge, efforts by financial institutions to maintain a high level of system security could be jeopardized.

I believe that this example speaks for itself. I can only add, Madame le Président, that our association shares that concern, obviously, because we all know that computers permit remote access and that evidence of access is not left behind. By that I mean that the history of the statement as it appears is not contained on a printout and one would not know whether someone else had accessed into the system illicitly. Both manufacturers and users have extensive security systems to prevent that type of access. Obviously, if one had to go into a court of law each time a printout of a system was introduced in order to reveal one's security precautions, one would constantly be going back to the drawing board to try to recreate another security system. Moreover, it appears from the words "reflect accurately" that the definition is open to varied interpretations.

In this regard, I have again had the benefits of previous representations made before this committee, of which I will quote just two. The first quotation is again from Mr. Tollefson, of the Department of Justice, who appeared before honourable senators on January 25, 1983, and said, at page 36:14:

As the Uniform Evidence Act was originally drafted there was no reference to the product of a system that accurately reflects the data or information stored. We have added that. We think the normal procedure will be for the custodian of the records, or some other person who is acquainted with the system, to go into court and say, 'This is a system that we have used. It has a 99.99 per cent accuracy record. We have had no problems. There is no evidence that on that particular day the system was having any problems', and that should be enough.

If Mr. Tollefson were right, I do not think we would be hear today. However, because I kept on reading I got to the representations submitted to you on February 15, 1983, at page 40:17, by Professor Rothstein from the United States, who had asked to appear before you as an expert in the field.

[Traduction]

Lors d'une séance précédente de votre comité, M. Tollefson, du ministère de la Justice, a exposé les préoccupations de l'Association des banquiers canadiens. Depuis lors, cette association a elle-même comparu devant votre Comité. J'ai eu l'avantage de prendre connaissance de son intervention, dont je voudrais reprendre les principales préoccupations, illustrées par les exemples suivants:

Par exemple, un tribunal pourrait exiger des réponses à des questions concernant les méthodes d'accès à un ordinateur, le nombre d'employés qui peuvent y introduire des renseignements ou en obtenir, les mesures de sécurité prises pour que les employés ne puissent pas utiliser frauduleusement les informations, et toute une série de questions concernant les risques d'erreur ou de fraude dans l'utilisation d'un système d'informatique. La divulgation de ces renseignements risque de ruiner les efforts déployés par les institutions financières pour maintenir leur système à un haut niveau de sécurité.

Je pense que cet exemple se passe de commentaire. J'ajouterais simplement, Madame le président, que notre association partage naturellement ce point de vue, car nous savons tous que les ordinateurs permettent l'accès à distance, et qu'une communication avec un ordinateur ne laisse pas de trace. Je veux dire par là que les antécédents d'un renseignement n'apparaissent pas sur un imprimé d'ordinateur, et personne ne peut savoir si quelqu'un n'a pas accédé frauduleusement au système dont il provient. Mais les fabricants aussi bien que les utilisateurs disposent de systèmes de sécurité très complets pour empêcher ce genre de manœuvre. Naturellement, si l'on doit s'adresser à un tribunal à chaque fois que l'on présente un imprimé d'ordinateur afin de révéler toutes les mesures de sécurité, on devra constamment modifier les systèmes de sécurité. En outre, il semble que les mots «reflète fidèlement» dans la définition donnent lieu à différentes interprétations.

A cet égard, je voudrais revenir sur des arguments déjà présentés à ce comité, et que je voudrais citer. Il s'agit tout d'abord des propos de M. Tollefson, du ministère de la Justice, qui a comparu devant les honorables sénateurs le 25 janvier 1983; la page 36:14 rapporte les propos suivants:

Dans le libellé initial de la Loi uniforme sur la preuve, il n'était pas fait mention du produit d'un système qui reflète avec précision les données ou les renseignements emmagasinés. Nous avons ajouté cet élément. Nous pensons que pour le dépositaire des dossiers, ou toute autre personne connaissant bien les systèmes, la procédure normale consiste à se rendre au tribunal et à déclarer: «Voici le système que nous avons utilisé. La précision est de 99.9 p. 100. Nous n'avons eu aucun problème. Il n'existe pas de preuve que le système a eu des problèmes le jour en question, et cela devrait suffire.»

Si M. Tollefson a raison, je pense que nous ne devrions pas être ici aujourd'hui. J'ai également pris connaissance des arguments formulés ici même le 15 février 1983, par M. Rothstein, des États-Unis, qui comparait devant vous en tant qu'expert en la matière et qui sont rapportés à la page 40:17. A la même question, il a répondu de la façon suivante:

[Text]

He was asked essentially the same question, and this was his answer.

... We are really talking about expert evidence and testimony by the company's own record-keeper who understands the computer system of the company.

Right here he is talking expert. Mr. Tollefson was talking about the custodian. Professor Rothstein went on:

What the court has to do is make a pretty full enquiry into how that machine works from its expert and the record custodian of the company. If that is done, then it is as reliable as, or more reliable than, the old-fashioned handwritten records. The court has to make this enquiry, and the company whose records they are has to be willing to come forward with information about its record-keeping and its computers. The other side has to have an opportunity to question that and actually see the computer in operation.

Now we are talking about seeing the computer in operation. He went on:

I know that some companies, especially financial institutions, want to cloak in secrecy their record-keeping and what the computer codes are. If that prevails, then the foundation necessary for that kind of record cannot be laid and that kind of record cannot be admitted, if the company is allowed to keep its secrets.

This statement gives glaring reality to the fears of the Canadian Bankers' Association, most obviously.

Moreover, one has to wonder as a barrister going to court and having to introduce a computer printout as evidence of something that is said in that computer printout, and which is contained as electrical impulses again in the computer, what type of evidence to bring, because by the testimony of two experts here we have one who says, as the custodian, "It has worked well. We did not have a hydro problem. The machine was not down on that day, so it should not be a problem. We can trust what is on that printout," whereas the other expert says, "No, I want to see that machine work. I want somebody to describe the process, and that somebody has to be an expert." Therefore, as a barrister you are facing uncertainty about what type of witness you need. Secondly, the client who is in court, either as the plaintiff or the defendant, who wants to use the printout for his purposes, has to face costs. We all know that going to court involves a question of costs, not only rights. The expert testimonies are not only costly as far as the expert is concerned, but also costly as far as the lawyer is concerned in understanding how the process actually works. We therefore recommend deleting the words, "reflect accurately." En guise de conclusion, je voudrais dire quelques mots au sujet de la fiabilité des systèmes de conservation de l'information.

Essentially, why do we Canadians afford presumptions of reliability to business systems, and why do we afford presumptions of accuracy to banking record systems, in the absence of

[Traduction]

... Ce dont il est question ici, en réalité, c'est de preuves et des témoignages donnés par des experts en tenue de livres d'une société, experts qui comprennent leurs propres systèmes informatiques.

Il intervient lui-même en tant qu'expert. M. Tollefson parlait du registraire. M. Rothstein poursuit ainsi:

Le tribunal est alors tenu de procéder à une enquête complète auprès de spécialistes et du registraire de la société sur la façon dont la machine fonctionne. Si le tribunal effectue cette étude, alors les preuves sont tout aussi fiables, sinon plus, que les anciens registres manuscrits. Le tribunal doit faire cette enquête, et la compagnie doit être prête à fournir les renseignements au sujet de sa tenue de livres et de ses ordinateurs. L'autre partie doit avoir la possibilité de mettre ses preuves en doute et de voir l'ordinateur en activité.

Pour ce qui est de voir l'ordinateur en activité, il déclare:

Je sais que certaines sociétés, particulièrement les établissements financiers, tiennent à garder secrets leurs registres et les codes d'informatique. Si tel est le cas, alors la base nécessaire pour ce genre de registre ne peut être établie et en tant que preuve, ne peut être acceptée, si la société a le droit de garder ses secrets.

Cette déclaration montre bien les craintes de l'Association des banquiers canadiens.

En outre, un avocat qui se présente en cour et qui doit produire un imprimé informatique comme preuve de ce qui est dit sur le document et qui est contenu sous forme d'impulsions électriques dans l'ordinateur doit savoir quel type de preuve fournir car d'après le témoignage de deux experts, l'un affirme, en sa qualité de gardien des dossiers: «Tout a bien fonctionné. Nous n'avons pas eu de panne. La machine fonctionnait bien ce jour-là, il ne devrait donc pas y avoir de problème. On peut se fier à ce qui est indiqué sur l'imprimé». Tandis que l'autre dira: «Non, je veux voir la machine en activité. Je veux que quelqu'un, un expert, me décrive le processus.» L'avocat est donc dans l'incertitude quant au témoin sur lequel il doit s'appuyer. Deuxièmement, le client qui est en cour, que ce soit le plaignant ou le défendeur, qui désire utiliser l'imprimé pour ses propres fins, doit en supporter les coûts. Tout le monde sait que la comparaison comporte des coûts et pas seulement des droits. Les témoignages des experts sont non seulement coûteux en ce qui concerne le spécialiste lui-même, mais aussi pour ce qui est des efforts que l'avocat doit fournir pour comprendre le fonctionnement du processus. Aussi nous recommandons de supprimer les mots «réflètent fidèlement.» In conclusion I would like to say a few words about the reliability of information storage systems.

Essentiellement, pourquoi les Canadiens présument-ils de la fiabilité des systèmes d'affaires et de l'exactitude des systèmes de dossiers bancaires, en l'absence de preuves contraires? Cela

[Text]

contrary evidence? That is just based on the fact that we Canadians trust these systems. As I said earlier, we trust the business systems; we use these systems for doing business, so therefore it has to be trustworthy because the man uses it to do his business. On the banking side, we trust them because banking in Canada is highly regulated. We trust banks; they are so highly regulated that they would not dare to try falsify anything and use so-so systems for record-keeping. We trust those systems. However, when it comes to computer records, whether they are in the banking or business systems, or whether they are in the household—because we must not forget the household, as I said earlier—that trust quickly becomes caution, and in most cases becomes distrust. We are afraid of a technology that we do not understand, and we are apprehensive about its results.

We have tried to describe that this technology is not that harmful. On the contrary, it is as reliable as the human environment context. Essentially, we are asked today to look at how computer technology should be taken into account in Canada's laws of evidence. However, we must remind ourselves that computer technology is changing the way we do things as Canadians, in the business world and in the banking system. When we go to the automated teller-machine we can do all sorts of operations. It is changing the way we do things, and consequently the law that regulates the way we do things also has to change. But how will it change? We suggest that we should have a comprehensive approach, not a piecemeal approach where we say, "This is the evidence law and therefore we should try to see how technology can be considered in a way that it does not create too many problems for the laws of evidence."

We say that we must know how to use that technology, because it is not only in the laws of evidence that it has an impact; it has an impact right now on the Criminal Code amendments that are being discussed in the Department of Justice; it has an impact on international matters such as transport that is being discussed in the Department of Communications; it has impact in the legislatures who are reviewing bills of exchange and consider the effect of electronic fund transfer systems. Because computer technology has various applications in the legal system of Canadians we must have that perspective, that comprehensive approach to a solution.

Ce ne sera pas en forçant le développement d'une technologie adaptée à notre droit actuel, madame le président, que l'on aura réussi à faire ce que l'on devait pour les Canadiens et aussi pour une politique canadienne qui semble se dessiner à l'effet d'encourager le développement de la technologie dans le milieu de travail, et aussi la recherche de développement de cette technologie que l'on veut faire dans la région d'Ottawa, le «Silicone Valley of the North». Alors ce n'est pas en forçant le développement d'une technologie actuellement, madame le président, qu'on y arrivera, mais plutôt en créant un droit qui

[Traduction]

repose tout simplement sur le fait que les Canadiens font confiance à ces systèmes. Comme je l'ai dit plus tôt, nous faisons confiance aux systèmes d'affaires; nous les utilisons pour effectuer nos transactions et ils doivent être fiables puisque nous nous en servons à ces fins. Pour ce qui est des institutions bancaires, nous leur faisons confiance parce que ce type d'activités au Canada est très réglementé. Les banques sont tellement réglementées qu'elles n'oseraient pas tenter de falsifier quoi que ce soit ou d'utiliser des systèmes plus ou moins fiables pour la tenue de leurs dossiers. Nous leur faisons confiance. Néanmoins, dans le cas des dossiers informatiques, que ce soit dans les banques ou dans les entreprises, ou même dans les résidences privées—car, comme je l'ai dit plus tôt, il ne faut pas oublier cet aspect—alors, la confiance devient prudence et dans la plupart des cas méfiance. Nous craignons une technologie que nous ne comprenons pas et nous nous méfions de ses résultats.

Nous avons tenté de démontrer que cette technologie n'est pas aussi nuisible. Au contraire, elle est aussi fiable que le contexte de l'environnement humain. Essentiellement, on nous demande aujourd'hui de voir quelle place il est possible de faire à la technologie informatique dans le droit de la preuve. Toutefois, il faut se rappeler que la technologie informatique évolue de la même façon que notre comportement, que ce soit dans l'entreprise ou dans le système bancaire. Lorsque nous nous présentons au guichet automatique, nous pouvons faire toutes sortes d'opérations. Cela change la façon dont nous faisons les choses et par conséquent, le droit qui régit la façon dont nous faisons ces choses doit aussi changer. Mais comment y parvenir? Nous proposons une approche globale et non pas une approche à la pièce qui consiste à dire: «Le droit de la preuve est ainsi fait et il nous faut par conséquent tenter de faire en sorte que la technologie ne crée pas trop de problèmes à cet égard».

Nous disons que nous devons savoir comment utiliser cette technologie car elle a des répercussions non seulement sur le droit de la preuve, mais aussi sur les modifications du Code criminel qu'on étudie actuellement au ministère de la Justice; sur les questions internationales comme le transport qui sont actuellement étudiées au ministère des Communications; la technologie informatique a aussi des répercussions dans les assemblées législatives qui procèdent actuellement à la révision des lettres de change et étudient les effets des systèmes de transfert de fonds électroniques. Étant donné les multiples applications de la technologie informatique dans le système juridique canadien, nous devons agir dans cette perspective et rechercher une solution globale.

It won't be by forcing the development of a technology adapted to our existing law, Madam Chairman, that we will succeed in doing what we ought to do for the people of Canada and also for a Canadian policy that seems to be encouraging the development of technology in the work place, and also the research into the development of this technology that we want to see carried out in the Ottawa area, "Silicon Valley North". It is not by forcing the development of current technology, Madam Chairman, that we will achieve these goals, but rather by creating a law that will make possible the beneficial

[Text]

permette le développement bénéfique de cette technologie qui est voulue, tant par le gouvernement canadien que par le peuple canadien.

Le président: Merci, monsieur. Maintenant, sénateur Deschatelets, avez-vous des questions?

Le sénateur Deschatelets: J'ai quelques questions à poser. Est-ce que nous avons le service d'interprétation simultanée?

Le président: Oui.

Le sénateur Deschatelets: Si je comprends bien, nous sommes entrés de pleins pieds dans l'ère électronique et il va falloir s'ajuster maintenant. Le témoin a été très clair à l'effet que les préoccupations de votre Association concernent les articles 130 à 139 du projet de loi S-33. Vous ne touchez pas à aucune autre section de S-33. Votre problème c'est ce qui concerne la preuve documentaire, respectivement 130(c), je crois lorsqu'on dit en français «qui les reflètent fidèlement», et en anglais, «that reflects accurately». Vous dites: si vous passez l'article 130(c) tel quel, nous allons avoir des difficultés. Aujourd'hui, est-ce que vous avez des difficultés au sujet de la preuve documentaire? Comment est-ce que ça fonctionne? Est-ce que vous aimeriez rester tel que vous êtes et ne pas avoir S-33, quant à la preuve documentaire? Comment est-ce que ça fonctionne aujourd'hui?

M. Desjardins-Siciliano: Essentiellement tout d'abord, comme disait mon confrère Reid dès le départ, non, nous sommes en faveur de l'amendement qui est apporté aux articles 130 à 159, donc c'est un grand pas de l'avant, ça va de soi.

Le sénateur Deschatelets: Vous acceptez 130(c)?

M. Desjardins-Siciliano: Absolument, sauf que nous aimerions enlever les mots «reflètent fidèlement». C'est qu'à l'heure actuelle, monsieur le sénateur, comme vous savez, les documents émanant d'un ordinateur ne sont pas considérés comme étant des originaux. Ils n'ont pas de statut juridique comme tel, à l'heure actuelle, devant les tribunaux. C'est laissé aux juges de trouver une façon d'évaluer l'admissibilité de ce document. Nous avons vu dans l'affaire *McLaughlin* que la cour dans cette affaire a permis d'introduire le document en autant qu'il respectait certains critères qu'a développés le juge en question. Dans l'affaire *Bell contre Bruce* qui est encore tout récent, en Cour suprême de l'Ontario là on a dit: l'information tel qu'on l'a sur l'imprimé, ce document qui est ici, n'existe plus dans l'ordinateur à cause du procédé qui fait qu'à mesure qu'on traite l'information, l'information disparaît. Alors la Cour en est venue à la conclusion que, puisque ce n'était pas une copie de quelque chose qui existait déjà, c'était donc un original qu'elle avait devant elle, et la Cour l'a admis comme si c'était un document original.

Le sénateur Deschatelets: Est-ce que vous parlez là d'une décision d'un tribunal supérieur?

M. Desjardins-Siciliano: Oui, la Cour suprême de l'Ontario.

Le sénateur Deschatelets: Ce n'est pas la Cour suprême du Canada?

[Traduction]

development of this technology, desired by both the Canadian government and the people of Canada.

The Chairman: Thank you, sir. Now, Senator Deschatelets, have you any questions?

Senator Deschatelets: I do have a few questions. Do we have simultaneous interpretation?

The Chairman: Yes.

Senator Deschatelets: If I understand correctly, we've jumped right into the electronic age and now we're going to have to adjust. The witness was very clear about your Association's concerns on clauses 130 to 139 of Bill S-33. you don't want to change any other part of the Bill. Your problem centres on recorded evidence, respecting 130(c), I believe, where it says in French "qui les reflètent fidèlement" and in English "that reflects accurately". You're saying that if we adopt clause 130(c) as it stands, we're going to run into difficulties. At present, do you have difficulties about recorded evidence? How does that work? Would you rather remain as you are and not have S-33, as regards recorded evidence? How does it work at present?

Mr. Desjardins-Siciliano: Basically, to start off with, as my colleague Mr. Reid said at the beginning, we're in favour of the amendment that has been proposed for clauses 130 to 159, so that's a big step forward, obviously.

Senator Deschatelets: You accept 130(c)?

Mr. Desjardins-Siciliano: Absolutely, except that we would like the words "reflects accurately" to be deleted. At the present time, as you know, Senator, documents coming off a computer are not considered to be originals. Currently they have no legal status as such, before the courts. It's left up to the judges to find a way of evaluating the admissibility of the document. We saw in *McLaughlin* that the Court in that case allowed the introduction of the document in so far as it respected certain criteria developed by the judge in the case. In *Bell vs Bruce*, which is also very recent, in the Supreme Court of Ontario, it was said that the information as it existed on the print-out, this document here, didn't exist any more in the computer because the processing technology wiped out the data as soon as it had been processed. So the Court came to the conclusion that since this wasn't a copy of something that already existed, it was an original that was before the Court, and the Court admitted it as if it had been an original document.

Senator Deschatelets: Are you speaking of a decision by a superior court?

Mr. Desjardins-Siciliano: Yes, the Supreme Court of Ontario.

Senator Deschatelets: Not the Supreme Court of Canada?

[Text]

M. Desjardins-Siciliano: Non, c'est la Cour suprême de l'Ontario.

Le sénateur Deschatelets: La Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée là-dessus?

M. Desjardins-Siciliano: Non. Là où on en est aujourd'hui, monsieur le sénateur, c'est une situation où lorsqu'on se présente à la cour pour déposer un document au tribunal, on ne sait pas si on devrait faire face aux critères développés dans *McLaughlin*, qui étaient au nombre de trois dans cette affaire, ou encore si ce sera le genre de raisonnement adopté par le juge dans l'affaire de *Bell and Bruce* ou encore, et si je peux terminer, si le juge n'étudierait pas par exemple les statuts de Grande-Bretagne et d'Afrique du Sud je crois, ou des critères au nombre, je pense jusqu'à sept, ont été élaborés. Donc, on ne sait pas si le juge va recourir comme étant un critère d'admissibilité, mais une chose qui est évidente à l'heure actuelle, c'est que la magistrature un peu comme le reste d'entre nous, constate toujours les documents émanant de l'ordinateur comme étant des «business documents»; c'est parce que dans la plupart des cas actuels ce sont effectivement des documents bancaires ou des documents d'affaires. Mais encore plus loin, monsieur le sénateur, c'est que l'on doit garder en tête que demain, si un Canadien a chez lui un ordinateur personnel dans lequel il compile ses taux d'intérêt hypothécaires ou dans lequel il garde son information au niveau de ses dépenses pour son impôt à la fin de l'année, ce contribuable ou encore le même citoyen qui communique avec quelqu'un d'autre par le biais de son ordinateur, «electronic mail», courrier électronique—alors ce citoyen-là devra aller en cours un peu comme s'il était «big business», comme s'il était une entreprise commerciale qui pourrait faire les frais d'un expert qui irait expliquer à la cour le processus par lequel l'information a été traitée ou encore dans les cas de *McLaughlin* ou dans les cas de critères pré-établis comme en Grande-Bretagne ou en Afrique du Sud, il devra expliquer la façon dont il a obtenu ces documents; c'est une façon inhabituelle, «in due course of business in the ordinary course of business, regularly in the ordinary course of business». Il est évident, monsieur le sénateur, que le courrier électronique n'est pas «in due course of business», à moins que vous écriviez tout le temps régulièrement aux mêmes personnes sur le même sujet, ça ne sera pas le cas, ou encore si vous faites des transactions bancaires, ça ne serait pas le cas non plus. C'est pour cela que la situation à l'heure actuelle est considérablement imprécise et c'est pourquoi on est heureux de l'initiative du projet de loi S-33, à savoir qu'il règle le problème en disant que le document qui émane de l'ordinateur, c'est un original. Donc, on va arrêter de parler de photocopies ou de duplicata ou de copies véritables, d'une supercherie intellectuelle quelconque. On va cesser ces exercices et on va dire que c'est un original, mais on a ajouté «un original qui reflète fidèlement» ce qui est sous forme de courants électriques dans l'ordinateur. Alors là on dit que ça ajoute, ça ramène cette impression et le manque d'avertissement pour l'avocat qui va savoir qui amener comme témoin et quoi il devra amener comme preuve.

Mr. Reid: Madam Chairman, perhaps I may add one further thing. It is our position that the information should be

[Traduction]

Mr. Desjardins-Siciliano: No, it was the Supreme Court of Ontario.

Senator Deschatelets: The Supreme Court of Canada hasn't pronounced on this?

Mr. Desjardins-Siciliano: No. The point we've reached at present, Senator, is a situation where when we come into court to introduce a document, we don't know if we'll be faced with the three criteria developed in *McLaughlin*, or if it'll be the kind of reasoning adopted by the judge in *Bell vs Bruce*, or—to wrap up—if the judge may perhaps consider the statutes of Great Britain and South Africa I believe, where I think seven criteria were drawn up. So there's no way of knowing what the judge will have recourse to as a criterion for admissibility, but one thing is obvious at the present time and that is that the Bench, rather like the rest of us, always regards documents coming from a computer as “business documents”; this is because in most cases they are in effect banking or business documents. But further down the road, Senator, what we have to bear in mind is that very soon, if a Canadian has a personal computer at home that he uses to record his mortgage interest rates or where he stores information on expenditures for his taxes at the end of the year, this taxpayer, or this same citizen who communicates with someone else by way of their computers, by electronic mail—that citizen will have to go into court rather as if he were “big business”, as if he were a commercial enterprise and could afford to pay an expert to come and explain to the court the procedure by which the information was processed or, in a case like *McLaughlin* or in cases where the criteria are pre-determined as in Great Britain or South Africa, he'll have to explain how he obtained the documents; it's an unaccustomed method, “in due course of business, in the ordinary course of business, regularly in the ordinary course of interest”. It is obvious, Senator, that electronic mail is not “in due course of business”, unless you write all the time, regularly, to the same people, on the same topic, that won't be the case, or if you perform banking transactions, that won't be the case either. That's why the situation the present time is really quite unclear, and that's why we're pleased with the initiative represented by Bill S-33, because it settles the question by saying that a document that comes out of a computer is an original. So people will stop talking about photocopies or duplicates or true copies, some kind of intellectual trick. We'll stop these exercises and say it's an original. But—the Bill adds, an original “that faithfully reflects” what exists as electrical currents in the computer. So we're saying that this adds, this brings back that impression and the lack of warning for the barrister who has to know who to bring as a witness and what he will have to introduce as evidence.

Mr. Reid: Madame le président, je me permettrai d'ajouter quelque chose. Nous estimons que l'information doit être

[Text]

allowed in as an original document or as original evidence. It is then still up to the court to determine the weight that will be given that evidence. If the court is not satisfied that there were proper safeguards, or feels that was an issue, then it can disregard the evidence as such. But we should be allowed to at least get the evidence in court, and it should then be up to the judge to determine what weight will be given to it. Perhaps I could refer to the definition of "record" in the bill. It says that:

"record" means the whole or any part of any book, writing, other document, card, tape, photograph within the meaning of section 130 or other thing on, in or by means of which data or information is written, recorded, stored or reproduced;

Under that definition, and from reading section 130, I reach the point where I could introduce the evidence by bringing in disk packs and introducing them into court. There is no method by which anyone could figure out what they say. That is what the print-out is. It is saying what that information is.

Senator Deschatelets: When representatives of the Canadian Bankers' Association appeared before us, we discussed precisely the same point, and some lawyers expressed their unhappiness or their fear that a document coming out of a computer would be regarded as decisive proof. Si vous n'avez pas d'objection, nous allons essayer de prendre un cas bien concret. Vous faites affaires avec le public, vos clients. Alors disons qu'un de vos clients vous doit de l'argent; il a reçu la marchandise, vous lui envoyez des comptes et vous lui chargez des intérêts car il est en retard dans ses paiements. Il y a peut-être un intérêt additionnel. Un jour vous décidez d'aller en cour. Alors, vous procédez par votre ordinateur et ces clients-là vous doivent, d'après vous, \$100,000.

J'espère que vous ne cherchez pas à nous faire admettre que la réclamation qui sort de cette machine, va être une preuve décisive et que vous allez empêcher le défendeur d'établir qu'il ne vous doit pas \$100,000, mais qu'il peut vous devoir seulement 50 à \$60,000.

Je voudrais avoir votre commentaire tout de suite là-dessus. Vous ne voulez pas amener cette situation qui enlève au défendeur les droits qu'il a toujours eus de se défendre.

Mr. Reid: No, not at all. It is our position that we want to have the ability to introduce a computer printout into court to show why we believe that he owes us \$100,000. It is then open to him to introduce contrary evidence as to why he owes us only \$50,000. We would certainly agree with that.

Senator Deschatelets: Let us pursue this matter a little further. Suppose the defendant succeeds in establishing that according to his figures he does not owe more than \$60,000. Where does that leave the court? Do you not think that the court has the right to inquire as to how he arrived at the amount he claims?

Mr. Reid: Surely, we would agree with that 100 per cent. I don't think there is any difference there from the situation where I manually produce the invoices, even though I may

[Traduction]

acceptée comme document ou comme preuve originale. Il restera toujours à la cour à décider de l'importance à accorder à cette preuve. Si le tribunal n'est pas convaincu qu'il y avait des garanties suffisantes ou s'il estime que cela soulève une question, il pourra écarter cette preuve. Il faudrait toutefois qu'on soit autorisé au moins à produire cette preuve en cour, le juge devant ensuite établir l'importance à y accorder. Je me permets de vous rappeler la définition de «document» d'après le projet de loi:

«document» Tout ou partie de livre, écrit ou autre texte, de fiche, bande ou photographie au sens de l'article 130 ou de tout autre objet comportant des éléments d'information ou constituant leur support ou le moyen de leur inscription, enregistrement, stockage ou reproduction.

D'après cette définition et après lecture de l'article 130, j'arrive à la conclusion qu'il serait possible de présenter une preuve en produisant des cartouches de disques magnétiques. Il n'y a aucun moyen de faire connaître l'information qu'elles contiennent. Voilà ce qu'est un imprimé. Il produit l'information telle quelle.

Le sénateur Deschatelets: Lorsque des représentants de l'Association des banquiers canadiens ont comparu, nous avons discuté précisément du même point et certains avocats se sont dits mécontents ou craignent qu'un document provenant d'un ordinateur soit considéré comme preuve décisive. If you have no objection, we'll postulate a very concrete case. You do business with the public, your customers. Well, let's say one of your customers owes you money—he got the merchandise, you send him bills and you're charging him interest, because he's behing on his payments. Perhaps there's additional interest. One day you decide to take him to court. So you use your computer and according to you this customer owes you \$100,000.

I hope you aren't going to try and make us say that the claim produced by the machine would be decisive evidence and that you're going to prevent the defendant from proving that he doesn't owe you \$100,000 but perhaps only \$50 to \$60,000.

I'd like to hear your comments right away on that. You wouldn't want to create a situation where the defendant would be deprived of the rights he has always had to defend himself?

M. Reid: Pas du tout. Nous soutenons que nous devons avoir la possibilité de présenter un imprimé informatique au tribunal pour démontrer pourquoi nous estimons qu'on nous doit \$100,000. L'autre partie pourra toujours produire une preuve contraire pour démontrer qu'elle ne nous doit que \$50,000. Nous accepterions certainement cela.

Le sénateur Deschatelets: Poussons l'examen de la question un peu plus loin. Supposons que le défenseur parvienne à démontrer que, selon ses chiffres, il ne doit pas plus de \$60,000. A quoi cela avance-t-il le tribunal? N'estimez-vous pas qu'il a le droit de savoir comment le témoin est arrivé à établir ce montant?

M. Reid: Nous sommes tout à fait d'accord. Je ne crois pas qu'il y ait de différence avec le fait de produire manuellement des factures, même s'il est possible de les falsifier de façon

[Text]

have falsified them to show that the fellow owes me \$100,000. If he introduces the evidence to show that he owes me only \$60,000, then I have to satisfy the court that my figures are right and either my falsification comes up or I convince the court otherwise. Our position is exactly the same, that the information should be before the court, and it is then up to the court to determine the weight that should be given to that evidence. It is always open to both sides to challenge and show contrary evidence.

Mr. Jon Creighton, Member, CBEMA Legislation Committee: Mr. Desjardins-Siciliano could perhaps put this more clearly. It is my understanding, though, that our brief simply claims for the computer the same admissibility as would be granted now to the kind of record which your defendant would be placing before the court. Your defendant's record would be admitted as an original under clause 130(a), whereas, as the section now reads, the printout which my friend, Mr. Reid, wishes to introduce, would have to be established to reflect accurately the data or information which it sets out. We are taking the position that it is somewhat unfair to attach such a higher onus on the establishment of a printout when, in reality in today's private commercial world, printouts are nothing more than the records which your fictional defendant would be putting before the court.

Mr. Desjardins-Siciliano: Our position is to have computer printouts admitted in evidence like any other type of recorded evidence. We are not even saying that the present presumption of reliability which is given to business records should be given the presumption of accuracy which is given to banking records. Obviously, if the court is dealing with a bank printout, the bank representative will follow the banking provisions and say that it is a computer printout from a banking record and therefore there should be a presumption of accuracy. In the case of a business lawyer, he would say that since it is a business record there should be a presumption of reliability. We are talking here about any type of recorded evidence and, therefore, we should not put a more onerous burden of proof on the proponent of that piece of evidence than on anybody who would want to introduce a letter or a napkin on which they scribbled an agreement in a restaurant. Bien, il y a une question de prépondérance de la preuve. Le juge décidera à l'audition des témoins et à la vue des documents déposés devant lui là où il établit la base de sa décision. Il ne sera pas influencé indûment, je pense, monsieur le sénateur, par le fait que la représentation qui est faite devant lui est appuyée par un document provenant d'un ordinateur, pas plus qu'il ne le serait si ça venait d'un document signé par le demandeur. Il le serait, si ça prenait un document signé par le défendeur, par contre, mais pas plus ni moins.

[Traduction]

qu'elles démontrent que quelqu'un doit \$100,000. Si cette personne produit une preuve qui démontre qu'elle ne me doit que \$60,000, je devrai convaincre la cour que mes chiffres sont exacts; dans ce cas, ou ma falsification sera démasquée ou je convaincrai le tribunal. Notre point de vue est exactement le même, à savoir que l'information doit être produite en cour qu'il revient au tribunal de déterminer l'importance à y accorder comme preuve. Les deux parties peuvent toujours contester la preuve fournie et produire une preuve contraire.

M. Jon Creighton, Membre du Comité de la Législation de l'ACFEB: Peut-être M. Desjardins-Siciliano pourrait-il être plus précis. Si je ne m'abuse cependant, nous réclamons simplement dans notre mémoire que les documents informatisés soient aussi recevables comme preuves que le genre de document que votre défendeur produirait devant le tribunal l'est actuellement. Ce document serait recevable à titre d'original, selon la définition qu'en donne l'alinéa 130 a), alors qu'en vertu du libellé actuel de cet alinéa, mon ami, M. Reid, pour pouvoir présenter son imprimé d'ordinateur comme preuve, devrait prouver qu'il reproduit fidèlement les données ou les renseignements que contenait le document original. Nous sommes d'avis qu'il est quelque peu injuste d'imposer un tel fardeau de la preuve dans le cas des imprimés d'ordinateurs alors qu'en réalité, dans les sociétés commerciales privées d'aujourd'hui, ils correspondent exactement aux documents que votre hypothétique défendeur produirait devant le tribunal.

M. Desjardins-Siciliano: Ce que nous voulons, c'est que les imprimés d'ordinateurs soient recevables comme preuves comme tout autre genre de preuve documentaire. Nous ne demandons même pas que les documents d'entreprises commerciales que, pour l'instant, on présume être fiables, soient considérés comme absolument fidèles, comme c'est le cas des documents des banques. Évidemment, s'il s'agit d'un imprimé d'ordinateur d'une banque, l'agent de la banque invoquera les dispositions relatives aux banques et dira qu'il s'agit de la reproductive informatisée d'un document de la banque et que par conséquent, on devrait présumer que l'imprimé est aussi exact que le document. L'avocat d'une entreprise privée dirait que, comme il s'agit d'un document de l'entreprise, il devrait être considéré comme fiable. Il est ici question de tous les genres de preuve documentaire et, par conséquent, nous ne devrions pas imposer un fardeau de la preuve plus lourd au témoin qui présente un imprimé d'ordinateur en guise de preuve qu'à celui qui produirait une lettre ou un napperon en papier sur lequel une entente aurait été griffonnée dans un restaurant. Well, there's a question of the preponderance of evidence. The judge will decide on hearing witnesses and on seeing the documents introduced before him where he will establish the basis for his decision. He won't be unduly influenced, I feel, Senator, by the fact that the representation being made before him is supported by a document coming from a computer, any more than he would be if it were supported by a document signed by the plaintiff. He would be if there were a document signed by the defendant, on the other hand, but neither more nor less.

[Text]

Le sénateur Deschatelets: Vous ne m'avez pas complètement convaincu quant au coût additionnel que vous auriez si on laissait la loi telle quelle, à l'article 130...

The Chairman: Excuse me, the English translation is not coming through.

Senator Deschatelets: I shall proceed in English. I am not totally satisfied with your example on the costs your association will have to pay if clause 130(c) is adopted. It reads:

in relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output that reflects accurately the data or information or is the product of a system that does so;

How can you arrive at that argument considering that if you go to court with your data the judge might ask you to demonstrate the reliability of your computer and you would then say that it involves a great deal of cost to produce such proof?

Mr. Desjardins-Siciliano: The question of costs is not related to our association. Up to now we have been cleared of the judicial process and we hope it will remain that way. Essentially, the question of cost is related to the proponent of such evidence or even to the other party who wishes to attack the evidence. What we meant by that point is that today if I should bring in this note pad on which you and I have scribbled something to be introduced into evidence, it would not cost me any more than if I were to enter the witness box myself. However, by adopting the "accurate" wording, it means that an expert will have to come and explain how the process operates. That means that every time I introduce this note pad, I would have to have an expert on handwriting to testify on my behalf. As I said earlier, in any court case where expertise of one kind or another is necessary it involves a great deal of money. When we are talking about computer technology in today's environment, and, most importantly, in tomorrow's environment, we are not talking about big business which may be able to afford experts. We are talking about individuals such as, for example, John Tremblay or Bob Jones who are in court because they have a personal computer at home which was used to make a transaction over the phone wires. They have bought a machine costing \$3,000 and now they have to spend another \$3,000 in the courts for expert testimony.

Senator Deschatelets: Can we stop there. Say you are in court and the defendant brings evidence from his own computer, would you not ask him what kind of machine he has and how he arrived at the figure in order to impress the court that the machine is not reliable?

Mr. Reid: If I may, Senator, that is exactly our point. Once the matter is before the courts we believe that both the plaintiff and the defendant should have to satisfy the court as to its reliability and as to the weight that should be placed upon that record. But this procedure should not have to be followed just to get the printout into court. That is our point,

[Traduction]

Senator Deschatelets: You haven't completely convinced me as to the additional costs you would have if clause 130 were left as it stands...

Le président: Excusez-moi, mais nous n'entendons plus la traduction anglaise.

Le sénateur Deschatelets: Je vais continuer en anglais. Je ne suis pas parfaitement convaincu par l'exemple que vous avez donné sur les frais que votre association devra payer si l'alinéa 130(c) est adopté. Il dit ceci:

c) relativement à des données informatisées, tout document intelligible provenant de l'appareil où elles sont emmagasinées et qui les reflètent fidèlement ou qui est le produit d'un système qui donne le même résultat.

Comment pouvez-vous avancer cet argument en sachant que si vous vous présentez devant le tribunal avec vos données, le juge pourrait vous demander de démontrer la fiabilité de votre ordinateur, ce à quoi vous répondriez que la production d'une telle preuve coûte très cher?

M. Desjardins-Siciliano: La question de ces frais n'a rien à voir avec notre association. Jusqu'à maintenant, nous avons réussi à éviter les tribunaux et nous espérons qu'il continuera d'en être ainsi. En fait, la question des frais implique surtout les témoins qui voudraient produire une preuve de ce genre ou même la partie adverse qui voudrait la réfuter. Nous voulons dire par là qu'à l'heure actuelle, si je présentais comme preuve le bloc-notes sur lequel j'ai griffonné de petits détails, cela ne me coûterait rien de plus que d'aller moi-même au banc des témoins. Cependant, l'adoption du terme «fidèlement» signifie qu'un expert devra témoigner et donner des explications à la cour. Cela veut dire que chaque fois que je présenterais mon bloc-notes comme preuve, je devrais être accompagné d'un expert en graphologie qui témoignerait en mon nom. Comme je l'ai dit, chaque fois qu'il faut faire témoigner des experts devant un tribunal, cela coûte cher. Quand nous parlons de la technologie de l'informatique dans le monde d'aujourd'hui et, ce qui est encore plus important, dans le monde de demain, nous ne parlons pas des grandes entreprises qui peuvent se payer des experts. Nous parlons de particuliers, comme John Tremblay ou Bob Jones, qui sont devant les tribunaux aujourd'hui parce qu'ils se sont servis d'un petit ordinateur personnel qu'ils ont à la maison pour faire une transaction en utilisant les lignes téléphoniques. Ils ont acheté une machine de \$3,000 et maintenant, ils doivent en dépenser autant pour faire témoigner un expert devant le tribunal.

Le sénateur Deschatelets: Arrêtons-nous ici. Disons que vous êtes devant le tribunal et que le défendeur produit une preuve tirée de son ordinateur. Ne lui demanderiez-vous pas de quel genre d'ordinateur il s'agit et de quelle façon il est arrivé au résultat qu'il présente comme preuve afin d'amener le tribunal à penser que l'ordinateur n'est pas fiable?

M. Reid: Si vous me permettez, sénateur, c'est exactement à cela que nous voulons en venir. Une fois l'affaire devant le tribunal, nous croyons que le plaignant et le défendeur devraient être obligés de convaincre la cour de la fiabilité de l'ordinateur et de la force probante à accorder aux documents informatisés en question. Mais il ne devrait pas être nécessaire

[Text]

that once it is there certainly all sorts of questions can be raised on the printout, as would be the case in a forgery trial where you were bringing in all sorts of expert witnesses to testify as to the handwriting. Similarly, you would bring in various experts to show that something could or could not have been done. We have no problem with that. Our position is, however, that the evidence should be there. Once it is there, what is done with it would, of course, depend on the facts of the case. The facts of the case may not warrant a series of experts explaining how a computer works from the basic chip up. The court may be satisfied, if someone can say, "Yes, this is this kind of computer which has been around for X number of years and has shown historically a reliability factor of X, and a number of different companies use it without problems." The judge would then be in a position to say, "Yes, I am satisfied and I will accept that and I will accord a certain amount of weight to it, unless the other side can introduce evidence to throw that in question."

But our position is that it should be allowed to be introduced. After it is introduced, what treatment it is accorded will depend on the facts of the case, and I guess that that was our position on costs. We feel the costs should be determined after it is into court. It should not be a case of going into the costs in order to get it into court.

Senator Deschatelets: Referring to page 8 of the French brief, I would like to know whether your proposed amendment to clause 130(c) was prepared by you.

Mr. Reid: Yes.

Senator Deschatelets: Is this in line with the amendment which the Bankers' Association would like us to propose under 130(c)?

Mr. Reid: Mr. Siciliano will correct me if I am wrong, but I believe the bankers were willing to live with it, if the tests were specified. Was that not the position?

Mr. Desjardins-Siciliano: The Bankers' Association would like to have some preset criteria like the British example I gave you earlier. In trying to figure out what type of questions you might put to me I had actually thought of that. It is the only question you actually hit. At page 13 of their brief they actually set out three types of criteria with respect to the admissibility of computer evidence.

First, there must be proof that the data upon which the computer record is based is of the type which is regularly supplied to the computer during regular activities of the organization from which the record comes. There the important words are "a type of information regularly supplied to the computer during the regular activities of the organization."

[Traduction]

d'aller jusque là rien que pour produire un imprimé d'ordinateur comme preuve devant la cour. Ce que nous voulons dire, c'est que lorsque l'imprimé d'ordinateur est présenté comme preuve, il est certain qu'on peut poser toutes sortes de questions à son sujet comme c'est le cas dans un procès pour usage de faux où on produit comme témoins divers experts pour attester de l'écriture de l'accusé. De même, il faudrait produire comme témoins divers experts qui démontreraient que telle ou telle chose se fait ou ne se fait pas avec tel ordinateur. Cela ne pose aucun problème. Nous maintenons cependant que ce genre de preuve devrait pouvoir être présenté. Ce qu'on en ferait après dépendrait évidemment des faits pertinents. Ces derniers peuvent ne pas justifier la production comme de plusieurs témoins experts qui devraient expliquer le fonctionnement d'un ordinateur de A à Z. La cour pourrait s'estimer satisfaite si un témoin lui disait: «Oui, ce genre d'ordinateur existe depuis un certain nombre d'années et a toujours eu un facteur de fiabilité de X et de nombreuses compagnies s'en servent depuis longtemps sans jamais avoir éprouvé de problème». Le juge serait alors en mesure de dire: «Bon, je suis convaincu, j'accepte cette preuve et je lui accorde une certaine force probante à moins que la partie adverse me réussisse à la réfuter».

Quant à nous, nous croyons que ce genre de preuve devrait pouvoir être présenté. Ensuite, ce qu'on en fera dépendra des faits pertinents, et je crois que c'est cela que nous voulions dire au sujet des frais. Nous croyons que ces derniers devraient être déterminés une fois que la preuve a été présentée à la cour. Il ne s'agit pas d'entrer dans le détail des coûts pour porter l'affaire devant le tribunal.

Le sénateur Deschatelets: En ce qui concerne la page 8 du mémoire français, j'aimerais savoir si l'amendement que vous proposez pour l'alinéa 130c) a été rédigé par vous?

M. Reid: Oui.

Le sénateur Deschatelets: Cet amendement est-il conforme à celui que l'Association de banquier canadiens désire proposer pour le même alinéa?

M. Reid: Je demanderai à M. Siciliano de me reprendre si je me trompe, mais je crois que les banquiers désiraient conserver l'alinéa tel quel, si les critères étaient précisés. N'était-ce pas la position adoptée?

M. Desjardins-Siciliano: L'Association des banquiers aimerait faire établir d'avance certains critères, comme dans l'exemple britannique que vous avez déjà cité. J'y ai pensé en essayant d'imaginer le genre de questions que vous pourriez me poser. C'est la seule sur laquelle vous êtes tombé. A la page 13 de leur mémoire, ils ont en fait énoncé les trois types de critères pour la recevabilité de la preuve informatisée.

Tout d'abord, il doit y avoir la preuve que les données sur lesquelles est fondé le document informatisé répondent au type de données qui sont ordinairement introduites dans l'ordinateur dans le cours des activités ordinaires de l'organisation d'où provient le document. Ici, les termes importants sont «au type de données qui sont ordinairement introduites dans l'ordinateur dans le cours des activités ordinaires de l'organisation».

[Text]

The second criterion would be that there would have to be proof that the entries into the data base from which the record originates had been made in the regular course of business.

The third criterion would be to prove that the computer program used in producing the record reliably and accurately processes the data in the data base. Again the important words are "reliably and accurately processes the data in the data base."

In that respect, therefore, in my opinion, you would need expert testimony with respect to how the process works. You could go as far as Professor Rothstein who said before your committee that you would need to see how the machine works, which is just physically a very heavy burden of evidence.

Coming back to the first two criteria having to do with the fact that business and records and financial banking records are admitted, based on that statement that they are documents processed in the regular course of business, I would suggest to you that although these might seem like reasonable criteria, with respect, the third criterion as to reliability and accuracy is just a repeat of clause 130(c) of Bill S-33.

The two first criteria, because they use expressions like "in the regular process" or "in due course of business," do not relate to most operations. They relate only to the operations of storing activities which I said earlier is only one of four basic functions. They do not relate to electronic mail or to the use of an individual or personal computer, because, in the first place, such computers are not used for business. We consider these criteria limited to the environment of business organizations and we think they would therefore be of little help to the rest of us who have personal computers for our own use. We consider, too, that they would be of little use in cases where, although these computers are used in a business environment, they are not used on a regular basis, or, if they are, are not used in such a fashion as to produce a printout that would be taken into evidence. I say that because this question of regularity might affect applications of payroll or of bank transfers or withdrawals and deposits in a bank, for example, but when a lawyer calls upon a bank to produce banking records having to do with the personal wealth of a defendant or plaintiff in a case, can you say that such a production is the result of the process in the regular course of their business? I suggest that you cannot say that, because banks are not in the business of preparing documents for litigation. They are in the business of banking.

Senator Deschatelets: Madam Chairman, with respect to clause 130—Recorded Evidence—do you know what the Department of Revenue thought? I suppose more than any other organization in the country, they are concerned with the production of documents coming from machinery. They can come to a taxpayer on a particular day and tell him he owes \$12,000, and that is it. Would clause 130 suit the department?

The Chairman: I doubt it very much. I think the duty this would impose on any department which keeps records would be extremely onerous. Whether one would like to impose that

[Traduction]

Le deuxième critère est la preuve que les éléments de la banque de données dont est tiré le document ont été introduits dans le cours ordinaire des affaires.

Le troisième critère est la preuve que la programmation informatisée utilisée dans la production du document reflète fidèlement et de façon juste le contenu de la banque de données. Une fois encore les termes importants sont «fidèlement et de façon juste le contenu de la banque de données».

A mon avis, vous auriez donc besoin du témoignage d'un expert en ce qui concerne ce processus. Vous pourriez faire comme M. Rothstein qui a déclaré devant votre comité que vous auriez besoin de voir comment la machine fonctionne, ce qui est physiquement une charge de la preuve très lourde.

Pour en revenir aux deux premiers critères qui traitent de la recevabilité des documents commerciaux, financiers et bancaires fondée sur la déclaration comme quoi il s'agit de documents introduits dans le cours ordinaire des affaires, je tiens à vous signaler que même si ces critères semblent raisonnables, en toute déférence, pour ce qui est du troisième critère portant sur la fidélité et la justesse, ce n'est qu'une répétition de l'alinéa 130c) du projet de loi S-33.

Les deux premiers critères, parce qu'ils utilisent des expressions telles que «activités ordinaires» ou «cours ordinaire des affaires» ne se rapportent pas à la plupart des opérations. Ils ont uniquement trait aux opérations de mise en mémoire qui, comme je l'ai déjà dit, constituent l'une des quatre fonctions de base. Ils ne se rattachent pas au courrier électronique ni à l'utilisation d'un ordinateur personnel ou individuel, principalement parce que ces ordinateurs ne sont pas utilisés dans le commerce. Nous considérons que ces critères sont limités aux milieux d'affaires et qu'en conséquence, ils seront peu utiles pour ceux d'entre nous qui possèdent des ordinateurs personnels. Nous considérons également que ces critères seront de peu d'utilité lorsque les ordinateurs seront utilisés dans des milieux d'affaires, mais pas régulièrement, ou s'ils ne sont pas utilisés de façon à produire un document intelligible admissible en preuve. Je dis cela parce que ce caractère «ordinaire» pourrait avoir des répercussions sur les demandes de liste de paie, les transferts bancaires ou bien les retraits et les dépôts dans une banque par exemple. Toutefois, lorsqu'un avocat demande à une banque de produire les registres bancaires relatifs à la fortune personnelle d'un défendeur ou d'un plaignant dans une affaire, pouvez-vous dire que cette production de documents résulte du cours ordinaire des affaires? A mon avis, tel n'est pas le cas, parce que ce n'est pas le travail des banques de préparer des documents en vue de procès. Leur travail est de s'occuper des activités bancaires.

Le sénateur Deschatelets: Madame le président, en ce qui concerne l'article 130—Preuve documentaire—savez-vous à quoi songeait le ministère du Revenu? Je suppose qu'il se préoccupe, plus que tout autre organisme du pays, de la production de documents provenant de machines. Un jour donné, il peut s'adresser à un contribuable en lui disant qu'il doit \$12,000. L'article 130 convient-il au ministère?

Le président: J'en doute beaucoup. Je pense que les obligations imposées de ce fait à un ministère qui conserve des archives seraient extrêmement onéreuses. La question n'est pas

[Text]

on the Revenue Department because they come after people for income tax is really beside the point. However, to me the points made in the argument here are valid. There should not be any higher duty in the case of computer printouts than in the case of any other business documents prepared in the ordinary course of business. That point is well taken.

For the record, I should like to know the state of the law today. I am sure there has been litigation involving the use of computer data or computer information. Have you any idea what the standard of proof is today with respect to this type of data? Is it set out anywhere?

Mr. Desjardins-Siciliano: Madam Chairman, as I mentioned earlier, at the moment there are judicial decisions that tend to guide barristers as to which type of evidence and which type of expert witnesses they will have to bring into court to adduce the evidence. However, it is not uniform. I cited the *McMullen* case in which there were three criteria which has to be met. Those were the "in due course of business" and the "regularly processed" type of criteria.

The Chairman: Those were the criteria suggested by the Bankers' Association.

Mr. Desjardins-Siciliano: Yes. There was then an even more recent case, the *Bell and Bruce* case, in which by an intellectual exercise the judge came to admit the printout evidence but considered it an original. The judge considered that, once the printout had been produced, the information consisting of the electrical impulses in the machine had disappeared, and therefore it was not a copy or a reproduction of something else that existed; nothing else existed and therefore he considered that printout to be the original.

Essentially the point that I am making is that, from my short experience in litigation, if you have opposing counsel who is willing to let the printout be admitted, no question will be raised. If it is raised, it will be raised by the judge. It is left to him as to how he will raise it, and he will either use some pre-set criteria, such as the *McMullen* case, or he will create criteria of his own or perhaps introduce it, as was done in *Bell and Bruce* as an original.

The whole point of enacting Bill S-33 is to have a statute of evidence because we no longer want judge-made law in that sector, and therefore if we are going to do that, we should try to do it as comprehensively as possible and not leave it up to judges to again define what they mean by "reflect accurately" and once again be faced with pre-set criteria or other reasonings.

Mr. Reid: Madam Chairman, we would say that the criteria which have been set out by the Bankers' Association we would look upon as going to the weight of the evidence; in other words, the weight which should be given to it once it is there. If you can satisfy these criteria, then the evidence is going to be much more believable, but these criteria should not be used

[Traduction]

de savoir si on voudrait imposer ces obligations au ministère du Revenu parce qu'il poursuit les contribuables. Mais, à mon avis, les points soulevés dans l'argument sont valables. Il ne doit pas y avoir d'obligations plus impérieuses dans le cas des imprimés d'ordinateur que dans celui de tout autre document préparé dans le cours ordinaire des affaires. Cette objection est bien fondée.

Pour le procès-verbal, j'aimerais savoir où en est le droit à l'heure actuelle. Je suis certain qu'il y a eu des litiges concernant l'utilisation de données ou de renseignements informatiques. Avez-vous une idée de ce que sont actuellement les normes en matière de preuve pour ce qui est de ce type de données? Sont-elles énoncées quelque part?

M. Desjardins-Siciliano: Madame le président, comme je l'ai déjà indiqué, il y a actuellement des décisions judiciaires qui tendent à guider les avocats quant au type de preuve à fournir et au type de témoin qu'ils devront faire comparaître au tribunal pour produire cette preuve. Mais il n'y a pas d'uniformité. J'ai fait mention de l'affaire *McMullen* où il était nécessaire de satisfaire à trois critères. Ils étaient du type «dans le cours ordinaire des affaires» et «normalement informatisés».

Le président: Il s'agit là des critères proposés par l'Association des banquiers canadiens.

M. Desjardins-Siciliano: Oui. Il y a même eu une autre affaire plus récente, l'affaire *Bell et Bruce*, dans laquelle, par un artifice intellectuel, le juge a admis que le document intelligible était considéré comme un original. Le juge a considéré qu'après l'obtention du document intelligible, les renseignements constitués par les impulsions électriques de la machine avaient disparu et qu'en conséquence, il ne s'agissait pas d'une copie ou d'une reproduction de quelque chose d'autre qui existait. Rien d'autre n'existait et par conséquent, il a considéré que le document intelligible était l'original.

D'après ma faible expérience des procès, ce que je veux fondamentalement faire ressortir est que si l'avocat adverse admet le document intelligible, il n'y aura pas de problème. S'il y en a, ils seront soulevés par le juge. C'est à lui de déterminer la façon dont il procédera et de déterminer s'il utilisera un critère préétabli, comme dans l'affaire *McMullen*, ou s'il créera son propre critère ou le présentera comme un original, comme ce fut le cas dans l'affaire *Bell et Bruce*.

Si l'on veut faire adopter le projet de loi S-33, c'est pour avoir une loi sur la preuve parce qu'on ne veut plus s'en remettre aux juges dans ce secteur. Pour cela nous devons donc essayer de procéder de façon globale et ne pas laisser les juges définir une fois encore ce qu'ils veulent dire par «réfléter de façon précise» pour se trouver de nouveau en présence de critères ou autres raisonnements préétablis.

M. Reid: Madame le président, nous dirions donc qu'on peut considérer que les critères énoncés par l'Association des banquiers renforcent la preuve; c'est-à-dire, la valeur qu'on doit lui attribuer une fois qu'on l'a. Si vous pouvez satisfaire à ces critères, la preuve devient beaucoup plus crédible, mais les critères ne doivent pas servir à déterminer si la preuve elle-même doit être soumise au tribunal.

[Text]

to find out whether the evidence itself should be before the court.

The Chairman: I wonder if I could ask you again for your definition of "record". I am looking at the bottom of page 2 and the top of page 3. Do you see any difficulty with that definition as it now is, because remarks were made earlier that that definition might include parts of your tapes?

Mr. Reid: We do not see any problem with it. The problem is that we could certainly introduce the record, that is the tape. You can introduce it and then say to the court, "You figure out what it says." And that is why we feel that the printout should be allowed almost as a right to be introduced as an original, because it does reproduce what is on the tape. The question should then go to the weight that should be given to it.

The Chairman: I suppose if you were to offer a reel of tape to the presiding judge, he would tell you to take it away and come back with something he could read, because in his view that would not be a sufficient record which could be introduced in evidence. Actually, it would be in your interests to introduce something that was at least intelligible to the average judge or litigant in the court room.

Mr. Reid: We are saying that the readable reproduction of that record should then be the original.

Mr. Creighton: In subclause (b) of clause 130, the court would have some difficulty with a colour negative but the legislature, it would appear, is going to permit the viewing of a print made from that negative as an original. In the same way, we think that the printout from a tape should be the original, and that we should be in a position to place it before the court, at which time the court would be free to raise questions as to the believability of the information contained therein.

The Chairman: That has stated the case very clearly and completely for us, and we certainly thank you for the evidence you have given and the comments you have made today. As you know, they will form part of our record which I know will be studied by the Department of Justice when they review the present bill S-33.

Mr. Creighton: Madam Chairman, on behalf of CBEMA, we would like to say that we are deeply appreciative of the effort which you are putting forth on this very important matter of business records. There has been a lot of press coverage about other aspects of the evidence legislation which are also of critical importance, but to the businessman, his records are his life-blood, and we have been living for some time with very little more than what Lord Holt gave us. What we have in this bill is a very firm step and a very important direction, and we appreciate your attention.

The Chairman: Thank you very much.
The committee adjourned.

[Traduction]

Le président: Je me demande si je pourrais vous demander de nouveau votre définition du mot «document». Je regarde au bas de la page 1 et en haut de la page 2. Voyez-vous des difficultés avec cette définition telle qu'elle existe en ce moment, parce qu'on a déjà signalé qu'elle pourrait inclure des parties de vos bandes?

M. Reid: Nous ne voyons aucun problème. Le problème est que nous pourrions certainement présenter l'enregistrement, c'est-à-dire la bande. Vous pouvez le présenter en déclarant au tribunal: «Essayez de savoir ce qui est dit». C'est la raison pour laquelle nous sommes d'avis que le document intelligible devrait pour ainsi dire pouvoir être présenté de droit comme original étant donné qu'il reproduit ce qui est sur la bande. La question consiste alors à déterminer la valeur qu'on doit lui accorder.

Le président: Je suppose que si vous deviez présenter une bande au président du tribunal il vous demanderait de la remporter et de revenir avec quelque chose qu'il puisse lire, parce qu'à son avis, cette bande ne constituerait pas un document suffisant susceptible d'être présenté comme preuve. A l'heure actuelle, vous auriez intérêt à présenter quelque chose qui soit au moins intelligible pour un juge ou un plaideur moyen au tribunal.

M. Reid: Selon nous, la reproduction lisible de cet enregistrement doit alors être l'original.

M. Creighton: A l'alinéa b) de l'article 130, le tribunal pourrait éprouver quelques difficultés avec un négatif en couleur. Il semble toutefois que l'assemblée législative soit prête à permettre de considérer un tirage effectué à partir de ce négatif comme un original. De même, nous pensons que le document intelligible provenant d'une bande doit être l'original et que nous devons pouvoir le présenter au tribunal. Ce dernier serait alors libre de mettre en doute la crédibilité des renseignements qui y sont contenus.

Le président: Voilà qui nous éclaire de façon nette et complète. Nous tenons à vous remercier de votre témoignage et des observations que vous avez formulées aujourd'hui. Comme vous le savez, ils feront partie de notre procès-verbal qui sera examiné par le ministère de la Justice lorsqu'il procédera à l'étude de l'actuel projet de loi S-33.

M. Creighton: Madame le président, au nom de l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureaux, nous désirons vous exprimer nos plus vifs remerciements pour les efforts que vous consacrez à cette grande question des documents commerciaux. La presse a consacré de nombreux articles aux autres aspects de la Loi sur la preuve qui sont également très importants, mais, pour l'homme d'affaires, ses documents sont sa vie même. Pendant un certain temps, nous avons dû nous contenter de ce que nous avait donné Lord Holt. Ce projet de loi représente un solide pas en avant et une orientation sérieuse. Nous vous remercions de votre attention.

Le président: Je vous remercie beaucoup.
La séance est levée.

APPENDIX "64-A"

THE CANADA EVIDENCE ACT, 1982

COMMENTS ON BILL S-33

BY THE

CANADIAN BUSINESS EQUIPMENT MANUFACTURERS ASSOCIATION

June, 1983

THE CANADA EVIDENCE ACT, 1982COMMENTS ON BILL S-33BY THECANADIAN BUSINESS EQUIPMENT MANUFACTURERS ASSOCIATIONINTRODUCTION

As you may know, the Canadian Business Equipment Manufacturers Association (CBEMA) is partly composed of data processing equipment manufacturers. CBEMA's 65 member firms (see list attached) employ more than 60,000 Canadians. Our members have gross annual revenues over \$6 billion, and rates of growth in both employment and revenues significantly higher than those achieved by Canadian industry as a whole.

CBEMA recognizes the need for a comprehensive reform of the laws of evidence in Canada. However, because of our field of expertise, we will limit our remarks to the data processing environment and the admissibility of recorded evidence, sections 130 to 159 of the Bill.

Under section 130, originals are defined as meaning computer printouts shown to reflect accurately the data contained in the computer. CBEMA supports the concept of originals granted by this section. This approach recognizes the varied applications of computer technology. As discussed later, computer technology has many applications beyond the business environment. Hence, computer evidence is not limited to commercial litigation.

However, we are of the opinion that the words "reflect accurately" create an unwarranted burden of proof for the proponent of computer evidence.

Further, this general wording will lead to varied and conflicting interpretations by the courts. Consequently, CBEMA believes that these words should be deleted from the definition.

THE DATA PROCESSING ENVIRONMENT

Data processing is the critical support system for today's business. Further, the data processing environment is rapidly extending itself to homes where it will be the support system for tomorrow's household. People and machines together form an information system that is highly effective and productive, as evidenced by the various computer offspring: electronic mail, word processing, electronic fund transfer and automated teller systems.

Today, Canadians are bombarded by more information, from different sources, on different topics than ever before. Data processing enables the Canadian consumer of information to store, retrieve, alter and distribute bits of data in a neat and orderly fashion. Moreover, these activities may take place without human intervention, by application of an automated process entirely within the machine.

The processing of data involves four basic functions: creation, communication, manipulation and storage. System architecture and telecommunication technology are such that in the typical data processing environment, the user calls on to his screen, simultaneously, bits of data residing in various remote locations which were keyed-in by different people. In doing so, a statement or record is created out of logically connected but

physically separated data. After using the statement, either by printing or reading it, the operator returns the bits of data to their original base. He can also communicate it to someone else's computer (electronic mail), or manipulate and store, print or communicate the newly created statement. Conversely, the operator can use the facility simply to store information. In such a case, depending on the system's application, the statement entered might be divided into different bits of data which will be stored separately. Hence, the storage applications may not always preserve the integrity of a statement as it appears on the screen; when stored, it may cease to exist as a single entity.

Processing may be "batch" -- where data is accumulated and then entered into the computer; thus, the computation results are available at a later time. Or, processing may be "on-line" -- where the entering of data and computing of results operate simultaneously. Either way, the resulting printout does not usually reflect the history of its content and the details of the process.

THE PRINTOUT

It is clear that a printout constitutes the only tangible and human-readable representation of data contained, in some form or another, in a computer system. Apart from its display on the screen, computer data is usually in machine-readable form represented by electrical impulses. Hence, the reason for using computer printouts in evidence before the courts is that they are the only hard copy of statements or records created by the computer.

RELIABILITY

In today's environment, where a computer processes data in the form of electrical impulses, provides access to data by remote locations and stores, retrieves, and alters data simultaneously, the prevailing perception is that there are too many opportunities to illicitly or erroneously manipulate the data. Consequently, some believe that the resulting printout is not reliable for reasons of security of the devices and process. CBEMA does not agree with that perception for technical and conceptual reasons.

Technically, the risks of error by the computer are virtually non-existent. The war stories shared by some on computer-created mistakes and "injustices" are more often due to human error such as wrong entries by the operator or inadequate programming.

Conceptually, we have to ask ourselves: Are the risks of unreliability, due to illicit or erroneous manipulation of recorded data, greater in the computer environment than in the traditional human environment? Certainly, the degree of risk in the computer environment is not greater than the degree of risk in the human environment. CBEMA believes that computerized data, in whatever form, is at least as reliable as any other method of recording information.

ADMISSIBILITY AS EVIDENCE

Under an exception to the hearsay rule, business records have been admitted as evidence based on the presumed reliability of business systems. The actual reliability of the system, whether automated or manual, has never been the issue. The mere fact that businesses rely on a system to keep their

records was deemed sufficient proof of such reliability. There was little distrust about business records since, after all, businesses rely on files primarily for their business use and not for litigation.

The introduction of computers as main components of a business' record-keeping system should not change this underlying rationale. To the contrary, it should extend this reasoning to all computerized records, whether for business use or not. People keep files on their activities. In today's world, many of them use personal computers. Why should the print-out from a personal computer be treated any differently than a hand-written document?

CBEMA respectfully submits that the admissibility of printouts should not be hindered by any technical criteria. Printouts should be admissible as originals. This approach recognizes the diversified use of computer systems, and brings before the courts documents that are acted and relied upon by the rest of us.

PRINTOUTS AS ORIGINALS

Let us relate our comments to the current draft of Bill S-33. In Section 130, "original" is defined as meaning:

"(c) in relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output that reflects accurately the data or information or is the product of a system that does so;"

As Mr. Tollefson from the Department of Justice indicated when he appeared before this Committee on January 25, 1983, the Canadian Bankers' Association

"feel there might be a problem ..." with this section's definition of "original".

He summarized their concern in the following manner at page 36:12 of the

Minutes of Proceedings:

"They are concerned that this may impose too high a standard of proof on those who wish to adduce computer-produced information as evidence: They are concerned that you might have to indicate the nature of the security system, for example, that the banks have, where no one person knows every aspect of it. They are obviously afraid that if the courts gave this a very strict interpretation it could lead to the banks' having to call not only one witness but several witnesses, and perhaps having to reveal some of their secrets as to the system they have employed."

CBEMA shares this concern. Essentially, the present wording would force the proponent of the evidence to satisfy some of the current common law criteria that Bill S-33 wants to replace. Further, it would be open to varied interpretations from the courts which would bring us back to judge-made laws of evidence and, hence, defeat the whole basic purpose of this bill.

As an example of the contradicting interpretations that are bound to arise with regard to that definition, we would refer you to Minutes of other proceedings before this Committee.

Mr. Tollefson, at page 36:14 of the Minutes of Proceedings of January 25, 1983, answered the concern of the Canadian Bankers' Association as follows:

"As the Uniform Evidence Act was originally drafted there was no reference to the product of a system that accurately reflects the data or information stored. We have added that. We think the normal procedure will be for the custodian of the records, or some other person who is acquainted with the system, to go into court and say,

'This is a system that we have used. It has a 99.99 per cent accuracy record. We have had no problems. There is no evidence that on that particular day the system was having any problems', and that should be enough. Indeed, there is provision in the act for this kind of evidence to be given by affidavit. I think that once the courts have had an opportunity to try the section out they will very soon accept affidavit evidence on the reliability and accuracy of the document that is being submitted in a computerized form."

However, on February 15, 1983, Professor Rothstein from the United States appeared before this Committee. He answered a question about evidence of computer printouts, in the following manner:

"... We are really talking about expert evidence and testimony by the company's own record-keeper who understands the computer system of the company. What the court has to do is make a pretty full enquiry into how that machine works from its expert and the record custodian of the company. If that is done, then it is as reliable as, or more reliable than, the old-fashioned handwritten records. The court has to make this enquiry, and the company whose records they are has to be willing to come forward with information about its record-keeping and its computers. The other side has to have an opportunity to question that and actually see the computer in operation. I know that some companies, especially financial institutions, want to cloak in secrecy their record-keeping and what the computer codes are. If that prevails, then the foundation necessary for that kind of record cannot be laid and that kind of record cannot be admitted, if the company is allowed to keep its secrets." (page 40:17 Minutes of Proceedings)

These two quotes clearly indicate that the proponent of admission in evidence of a printout might be supporting a heavy burden of proof. One thing is sure, the barrister won't know until he gets before the court what type of foundation evidence he must have: will he need an expert technical witness

or a representative of the company's data processing department? Further, what about small businesses and professionals using personal computers: how would they meet such requirements and at what cost? We suggest that the purpose of this statute is not to create such unknowns.

Consequently, in line with our previous assertion, CBEMA recommends changing the definition to read:

"(c) in relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output of such data or information;"

By adopting this definition, we recognize the particular nature of printouts while treating them like any other type of recorded evidence.

CONCLUSION

In concluding, we would like to comment on the notion of trustworthiness as it relates to recorded evidence, generally, and computer printouts, specifically.

As discussed earlier, business and financial institution records presently enjoy a presumption of reliability as evidence. Accuracy has to be established in the case of business records, whereas it is deemed to exist in the absence of evidence to the contrary in the case of financial institution records.

We explain these exceptions by the fact that society trusts these "Systems". We trust records in such organizations because we recognize the effort to rationalize and classify information which they have made. We trust records are reliable in the business community because they're indispensable to its operations. In addition, in the banking industry, we trust that records are accurate because it is a highly regulated and closely watched sector.

However, when we talk about computerized records and, specifically, their printouts, whether it's in the business, financial or other sector, trust turns, in some cases, to caution, and in most cases, to distrust. Inspired by medieval England, we are not saying: "The computer can do no wrong". We simply contend: "It can do no worse". And, hence, CBEMA believes that since printouts are the result of the efforts to rationalize and classify mentioned above, printouts should also be considered reliable and trustworthy.

Finally, today we are asked to consider the consequences of technological change in the limited area of our laws of evidence. However, we must be aware that computer technology changes the way we do things; consequently, it affects the legal system that governs the things we do. Hence, we must view and solve the specific problems technology brings to evidence from a more comprehensive perspective.

Presently, our governments are placing emphasis on computer technology as an important part of the economic and social development of Canada. The use

of computers in the Canadian workplace is encouraged, as computers are productivity enhancement tools. Research and development of "high-tech" products and services are encouraged to ensure a place for Canada in the world economy of the information age. Hence, it is paramount that Canadian lawmakers recognize these policy trends and enact legislation that adapts to the realities of the new socio-economic environment.

If our country is to prosper and develop, and if Canadians are to meet the growing challenges of a highly competitive world, we must remember that our success will not be judged by how we avoid the new technology, but how we harness these new tools and make them lead us to our ultimate goal of a better world.

CBEMA CORPORATE MEMBER FIRMS

AES DATA INC.
AM INTERNATIONAL INC.
ALL-STEEL CANADA LTD.
AMBIANT SYSTEMS LTD.
AMDAHL LIMITED
ARCONAS CORPORATION
BILTRITE FURNITURE LTD.
BROTHER INTERNATIONAL CORPORATION
BURROUGHS CANADA
BUSINESS ACCESSORIES INC.
CANON CANADA INC.
COMPUGRAPHIC CANADA LIMITED/LIMITEE
CONTROL DATA CANADA, LTD.
CRAFTWOOD PRODUCTS
CURTIS PRODUCTS LIMITED
DATA GENERAL (CANADA) INC.
DATAPOINT CANADA, INC.
DELPHAX SYSTEMS
DICTAPHONE CANADA LTD.
DIGITAL EQUIPMENT OF CANADA LIMITED
GENERAL DATACOMM LTD.
GLOBAL UPHOLSTERY COMPANY LIMITED
HARTER FURNITURE LTD.
HAWORTH OFFICE SYSTEMS LTD.
HERMAN MILLER OF CANADA LIMITED
HEWLETT-PACKARD (CANADA) LTD.
HONEYWELL LIMITED
IBM CANADA LTD.
iii LIMITED
KINETICS FURNITURE
KODAK CANADA INC.
KRUG FURNITURE INC.
LANIER BUSINESS PRODUCTS CANADA INC.
LITTON BUSINESS FURNITURE

MONROE SYSTEMS FOR BUSINESS
NCR CANADA LTD.
NTI INC.
NASHUA CANADA LIMITED
NIENKAMPER
NIGHTINGALE INDUSTRIES LIMITED
OLIVETTI CANADA LIMITED
OLYMPIA BUSINESS MACHINES CANADA LTD.
PHILIPS INFORMATION SYSTEMS LTD.
PHILIPS-MICOM LTD.
PITNEY BOWES OF CANADA LTD.
PRIME COMPUTER OF CANADA LIMITED
PROFORM FURNITURE INDUSTRIES LIMITED
RAM PARTITIONS - A DIVISION OF INDAL LTD.
RECOGNITION EQUIPMENT (CANADA) LTD.
REX-ROTARY CANADA LIMITED
ROLM CANADA INC.
STC CANADA INC.
STE-MARIE + LAURENT INC.
SPERRY COMPUTER SYSTEMS
STEELCASE CANADA LIMITED
STORWAL INTERNATIONAL INC.
SUNAR - A DIVISION OF HAUSERMAN LTD.
TRW DATA SYSTEMS
TEKTRONIX CANADA INC.
3M CANADA INC.
VICTOR (CANADA) LIMITED
VISIrecord SYSTEMS (DIVISION OF NELMETAL LTD.)
WANG CANADA LTD.
WESTINGHOUSE CANADA INC., FURNITURE SYSTEMS
XEROX CANADA INC.

APPENDICE «64-A»

LA LOI CANADIENNE UNIFORME DE 1982 SUR LA PREUVE

OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE LOI S-33

PRESENTÉES PAR

L'ASSOCIATION CANADIENNE DES FABRICANTS D'ÉQUIPEMENT DE BUREAU

Juin 1983

LA LOI CANADIENNE UNIFORME DE 1982 SUR LA PREUVEOBSERVATIONS SUR LE PROJET DE LOI S-33PRÉSENTÉES PARL'ASSOCIATION CANADIENNE DES FABRICANTS D'ÉQUIPEMENT DE BUREAUINTRODUCTION

Comme vous le savez peut-être, l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau (ACFEB) se compose en partie de fabricants d'appareils de traitement de données. Les 65 entreprises-membres de l'ACFEB (voir liste jointe) emploient plus de 60000 Canadiens. Nos membres touchent des revenus bruts annuels de plus de 6 milliards de dollars, et notre secteur affiche un taux de croissance de l'emploi et des revenus beaucoup plus élevé que celui de l'ensemble de l'industrie canadienne.

L'ACFEB reconnaît qu'il faut complètement refondre les lois canadiennes sur la preuve. Compte tenu de notre spécialité, nos observations porteront exclusivement sur les articles 130 à 159 du projet de loi S-33 où il est question d'informatisation et de la recevabilité des preuves documentaires.

Aux termes de l'article 130, est considéré comme original tout document provenant d'un ordinateur et qui reflète fidèlement les données qui y sont emmagasinées. L'ACFEB est d'accord avec cette façon de définir un original, définition qui reconnaît les diverses applications de l'informatique. En effet, comme nous l'expliquerons ci-après, cette science a de nombreuses applications en dehors du milieu des affaires. La preuve documentaire n'est donc pas une source de litiges uniquement dans le milieu commercial.

À notre avis cependant, les mots "reflètent fidèlement" imposent sans raisons valables à celui qui propose une preuve documentaire l'obligation de se justifier. Sans compter que les tribunaux donneront d'un énoncé aussi général des interprétations diverses et contradictoires. L'ACFEB estime donc que ces mots devraient être supprimés de la définition.

L'INFORMATISATION

Le traitement des données est devenu le support essentiel des activités commerciales d'aujourd'hui. Les techniques d'informatisation se propagent rapidement jusqu'aux foyers et seront demain une des composantes essentielles de l'économie familiale. Le couple personne-appareil constitue un système d'information d'une très haute efficacité et productivité, comme le prouve à l'évidence les divers rejets de l'informatique: courrier électronique, traitement de mots, transfert de fonds par ordinateur et guichets automatiques.

Jamais les Canadiens n'ont été bombardés par autant d'informations provenant de sources aussi différentes et portant sur des sujets si distincts. L'informatique permet aux consommateurs canadiens d'emmagasinier, de retrouver, de modifier et de faire circuler des éléments d'information de façon nette et ordonnée. Ces activités peuvent se dérouler sans intervention humaine, par la seule mise en marche d'un processus automatique entièrement programmé dans l'appareil.

L'informatisation implique quatre opérations fondamentales: composition, communication, manipulation et mémorisation. La conception des systèmes et

la télématique ont atteint un tel point de perfection qu'avec des appareils courants l'utilisateur peut faire apparaître sur son écran, simultanément, des éléments d'information qui proviennent de sources distantes les unes des autres et qui ont été emmagasinés par des personnes différentes. Ce faisant, il compose un bilan ou un état à partir de données logiquement interreliées mais physiquement séparées les unes des autres.

Après s'être servi de cet état, en obtenant un imprimé ou en le lisant, l'opérateur renvoie chacune des données à sa source. Il peut aussi le communiquer à l'ordinateur d'une autre personne (courrier électronique) ou le manipuler et ensuite emmagasiner, imprimer ou communiquer ce nouveau document. À l'inverse, l'opérateur peut se servir de son appareil uniquement pour mémoriser de l'information. Dans ce cas, selon les applications prévues par le système, chacun des éléments d'information du document peut être mémorisé séparément. Les possibilités d'emmagasinage ne permettent donc pas toujours de préserver un document tel qu'il est apparu sur l'écran; une fois mémorisé il se peut qu'il cesse d'exister comme entité distincte.

Le traitement peut se faire par "lot" - rassemblement puis emmagasinage des données dans l'ordinateur; les résultats de ce traitement peuvent être réutilisés par la suite en différé; ou bien le traitement est "en direct" - lorsque l'entrée des données et leur traitement en vue d'un résultat sont effectués simultanément. Dans un cas comme dans l'autre l'imprimé définitif ne reflète normalement pas l'historique de son contenu ni les détails de la procédure suivie.

LES SORTIES SUR IMPRIMANTE

Il est clair que la sortie sur imprimante constitue la seule preuve tangible et lisible des données mémorisées, sous une forme ou sous une autre, par un ordinateur. Les données informatisées peuvent être affichées sur un écran, mais, plus habituellement, existent sous forme d'impulsions électriques lisibles par un appareil. Et c'est justement parce qu'elles constituent la seule copie réelle de documents ou d'états composés à l'aide de l'ordinateur que les sorties sur imprimante sont utilisées en preuve devant les tribunaux.

FIABILITÉ

Dans le monde contemporain de la bureautique où des données sont informatisées sous forme d'impulsions électriques, on a généralement le sentiment que les éléments d'information auxquelles on peut accéder de loin, et que l'on peut emmagasiner, retrouver et modifier simultanément, se prêtent trop facilement à des manipulations illicites ou à des erreurs. En conséquence, certains estiment que l'imprimé machine n'est pas fiable en raison du manque de sécurité des appareils et des procédures. L'ACFEB ne partage pas cette opinion pour des raisons d'ordre technique et théorique.

Techniquement, les risques d'erreur par l'ordinateur sont inexistants. Les cas de "guerre" qui auraient été causées par des erreurs ou des "injustices" de l'ordinateur, sont la plupart du temps attribuables à une erreur humaine, par exemple à une mauvaise entrée par l'opérateur ou à une programmation inadéquate.

Théoriquement, nous devons nous poser la question suivante: les risques de non-fiabilité dus à une manipulation illicite ou fautive de données informatisées sont-ils plus grands que ceux d'un environnement humain traditionnel? A notre avis, il n'y a certainement pas plus de risques en informatique qu'ailleurs. L'ACFEB estime en effet, que les données qui ont été informatisées, sous une forme ou sous une autre, sont aussi fiables que les informations qui ont été traitées par une autre méthode.

RECEVABILITÉ EN PREUVE

Faisant exception à la règle de l'ouï-dire, il est arrivé que des documents du secteur privé soient admis en preuve en raison de la fiabilité présumée des systèmes de traitement de textes publics. Or la fiabilité réelle de ces systèmes, informatisés ou manuels, n'a jamais été mise en doute. Le seul fait que les entreprises recourent un tel système pour tenir leurs dossiers, a été jugé une preuve suffisante de sa fiabilité. Il n'y avait pas raison de se méfier des documents du secteur privé puisque les entreprises de ce secteur, n'est-il pas vrai, constituent des dossiers essentiellement pour la bonne marche de leurs affaires et non pas en vue de litiges.

L'avènement de la bureautique et la place de plus en plus centrale qu'elle occupe dans le secteur privé ne devrait pas modifier cet état de choses. Bien au contraire, il faudrait adopter la même attitude à l'égard de tous les documents informatisés, qu'ils servent à des fins commerciales privées ou autres. Chacun garde des dossiers sur ses activités. Beaucoup de nos contemporains utilisent déjà des ordinateurs domestiques à cette fin.

Pourquoi faudrait-il traiter différemment une sortie sur imprimante provenant d'un ordinateur personnel et un document manuscrit?

L'ACFEB soumet respectueusement qu'aucune considération de nature technique, ne permet d'interdire la recevabilité des imprimés d'ordinateur, qui devraient même être admis comme originaux. Cette approche reconnaît la multiplicité des usages auxquels peuvent servir les ordinateurs et permet la production, devant les tribunaux, de documents auxquels nous donnons tous suite et en lesquels nous avons foi.

LES IMPRIMÉS D'ORDINATEUR COMME ORIGINAUX

Revenons un instant au projet de loi S-33. À l'article 130 on donne de l'"original" la définition suivante:

"c) relativement à des données informatisées, tout document intelligible provenant de l'appareil où ces données sont emmagasinées et qui les reflète fidèlement ou qui est le produit d'un système qui donne le même résultat."

Comme l'a indiqué M. Tollefson du ministère de la Justice lorsqu'il a comparu devant votre comité le 25 janvier 1983, l'Association des banquiers canadiens estime que cette définition du terme "original" peut présenter un problème....". Voici comment il a résumé leur inquiétude (page 36:12 des

Délibérations):

"Ils craignent que cette pratique n'impose des conditions trop sévères à ceux qui désirent citer des données informatisées en preuve. Ainsi, ils craignent d'avoir à donner des précisions sur la nature du système de sécurité dans les banques, que personne ne connaît vraiment. Ils craignent évidemment que si les tribunaux suivent ces dispositions à la lettre, on puisse obliger les banques à appeler non seulement un témoin mais plusieurs, et d'avoir peut-être à révéler certains de leurs secrets concernant le système qu'ils utilisent."

L'ACFEB partage ces préoccupations. En dernière analyse, le libellé actuel contraindrait celui qui produit un tel document en preuve à se conformer à

certaines des conditions courantes du common law que le projet de loi S-33 entend justement remplacer. Par ailleurs, ce libellé pourrait donner lieu à diverses interprétations par les tribunaux, ce qui nous ramènerait à la situation antérieure où les lois sur la preuve étaient faites par des juges, situation que cherche directement à combattre le projet de loi.

Nous nous permettons de vous renvoyer au compte rendu d'autres délibérations de votre comité pour illustrer les interprétations contradictoires que cette définition ne manquera pas de susciter. Prenons d'abord la réponse de M. Tollefson à l'inquiétude exprimée par l'Association des banquiers canadiens (Délibérations, séance du 25 janvier 1983, p. 36:14):

"Dans le libellé initial de la Loi uniforme sur la preuve, il n'était pas fait mention du produit d'un système qui reflète avec précision les données ou les renseignements emmagasinés. Nous avons ajouté cet élément. Nous pensons que pour le dépositaire des dossiers, ou toute autre personne connaissant bien le système, la procédure normale consiste à se rendre au tribunal et à déclarer:

Voici le système que nous avons utilisé. La précision est de 99,9 p. 100. Nous n'avons eu aucun problème. Il n'existe pas de preuve que le système a eu des problèmes le jour en question, et cela devrait suffir. En fait, la loi prévoit que pareille preuve soit fournie par déclaration sous serment. Je pense que lorsque les tribunaux auront eu l'occasion de faire appel à cet article, ils accepteront très rapidement une déclaration de preuve sous serment sur la fiabilité et l'exactitude d'un document informatisé."

Mais le Professeur Rothstein des États-Unis qui comparait devant votre comité le 15 février 1983, a répondu ce qui suit au sujet de la preuve appuyée sur des documents informatisés:

"...Ce dont il est question ici, en réalité, c'est de preuves et des témoignages données par des experts en tenue de livres d'une société, experts qui comprennent leur propre système informatique. Le Tribunal est alors tenu de procéder à une enquête complète auprès de spécialistes et du registraire de la société sur la façon dont la machine fonctionne. Si le Tribunal effectue cette étude, alors les

preuves sont tout aussi fiables, sinon plus, que les anciens registres manuscrits. Le Tribunal doit faire cette enquête, et la compagnie doit être prête à fournir les renseignements au sujet de sa tenue de livres et de ses ordinateurs. L'autre partie doit pouvoir mettre ses preuves en doute et voir l'ordinateur en marche. Je sais que certaines sociétés, particulièrement les établissements financiers, tiennent à garder secrets leurs registres et leurs codes d'informatique. Si tel est le cas, alors la base nécessaire pour ce genre de registre ne peut être établie et ne peut être acceptée en preuve si la compagnie a le droit de garder ses secrets. (Délibérations du comité, pp. 40:17-18).

Ces deux citations montrent clairement que la personne qui propose un imprimé d'ordinateur en preuve pourrait se voir obligée d'en démontrer la fiabilité. Une chose est certaine, en tout cas, avant de se présenter devant un tribunal l'avocat peut savoir à quel type de preuve il aura à faire: aura-t-il besoin du témoignage d'un technicien ou d'un représentant du service d'informatique de l'entreprise? Et que penser des petites entreprises et des professionnels qui utilisent des ordinateurs personnels? Comment pourraient-ils, eux, se conformer à de telles exigences et à quel prix? À notre avis, le projet de loi que nous étudions n'a pas pour objet de créer de telles inconnues. Par conséquent, conformément à notre déclaration antérieure, nous recommandons que la définition soit modifiée de la façon suivante:

"c) relativement à des données informatisées, tout document intelligible parvenant de l'appareil où ces données sont emmagasinées."

Nous adoptons cette définition parce que tout en reconnaissant le caractère particulier des imprimés d'ordinateur, nous les traitons sur un pied d'égalité avec tous les documents enregistrés.

CONCLUSION

En conclusion, nous voudrions dire quelques mots sur la fiabilité des preuves documentaires en général et des sorties sur imprimante en particulier.

Comme nous l'avons rappelé, les institutions financières et commerciales jouissent actuellement d'une présomption favorable quant à la fiabilité des preuves documentaires qu'elles peuvent soumettre. Dans le cas de documents du secteur commercial, on exige que leur exactitude soit établie, alors qu'elle est jugée exister, en l'absence de preuves contraires, s'il s'agit de documents des institutions financières.

Cette différence d'attitude s'explique, selon nous, par la confiance de la société à l'égard de ces "systèmes". Nous faisons confiance aux documents de ces organismes, parce que nous reconnaissons qu'ils ont fait un effort pour rationaliser et classer leurs informations. Or, nous sommes convaincue de la fiabilité des documents du milieu des affaires puisqu'ils sont indispensables à son fonctionnement. Nous sommes également convaincus de l'exactitude des documents des banques, puisque c'est un secteur très réglementé et étroitement surveillé. Cependant, lorsque nous parlons de documents informatisés et, plus particulièrement, de sorties sur imprimante, que ce soit dans le secteur des affaires, des finances ou autre, notre confiance se mue, parfois en prudence et le plus souvent en méfiance. Nous ne prétendons pas, comme les médiévaux anglais que "l'ordinateur ne peut se tromper". Nous disons simplement qu'"il ne fait pas plus de mal que les autres". Voilà pourquoi l'ACFEB estime que puisque

les imprimés d'ordinateur sont le résultat des efforts de rationalisation et de classification rappelés à l'instant, il faudrait toujours les considérer comme fiables et dignes de confiance.

Aujourd'hui, on nous demande d'étudier les répercussions de l'informatisation dans le domaine restreint de nos lois de la preuve. Il faut savoir, cependant, que l'informatique ne change pas uniquement notre façon de faire les choses mais qu'elle influe également sur le système légal qui régit ce que nous faisons. Voilà pourquoi nous avons adopté une perspective plus globale pour étudier et résoudre les problèmes particuliers que pose cette technologie.

À l'heure actuelle, les gouvernements mettent l'accent sur l'informatique, dont ils voient les possibilités pour le développement économique et social du Canada. L'utilisation des ordinateurs est encouragée au travail, puisque ces appareils favorisent la productivité. La recherche et le développement de produits et de services de haute technologie sont également encouragés pour que le Canada se taille une place sur la scène de l'ère informatique. Il est capital que les législateurs reconnaissent ces tendances et adoptent une législation qui suit l'évolution de la vie et soit mieux adaptée au nouvel environnement socio-économique.

Pour que notre pays prospère et se développe, et que les Canadiens soient capables de relever les défis croissants d'un monde de plus en plus compétitif, nous devons nous rappeler qu'il ne nous sera pas demandé si nous avons réussi en évitant la nouvelle technologie, mais plutôt comment nous avons pu maîtriser ces nouveaux instruments pour en faire des outils qui nous aident à atteindre notre objectif ultime, et à bâtir un monde meilleur.

L'ASSOCIATION CANADIENNE DES FABRICANTS D'ÉQUIPEMENT DE BUREAU

AES DATA INC.
AM INTERNATIONAL INC.
ALL-STEEL CANADA LTD.
AMBIANT SYSTEMS LTD.
AMDAHL LIMITED
ARCONAS CORPORATION
BILTRITE FURNITURE LTD.
BROTHER INTERNATIONAL CORPORATION
BURROUGHS CANADA
BUSINESS ACCESSORIES INC.
CANON CANADA INC.
COMPUGRAPHIC CANADA LIMITED/LIMITEE
CONTROL DATA CANADA, LTD
CRAFTWOOD PRODUCTS
CURTIS PRODUCTS LIMITED
DATA GENERAL (CANADA) INC.
DATAPOINT CANADA, INC.
DELPHAX SYSTEMS
DICTAPHONE CANADA LTD.
DIGITAL EQUIPMENT OF CANADA LIMITED
GENERAL DATACOMM LTD.
GLOBAL UPHOLSTERY COMPANY LIMITED
HARTER FURNITURE LTD.
HAWORTH OFFICE SYSTEMS LTD.
HERMAN MILLER OF CANADA LIMITED
HEWLETT-PACKARD (CANADA) LTD.
HONEYWELL LIMITED
IBM CANADA LTD.
iii LIMITED
KINETICS FURNITURE
KODAK CANADA INC.
KRUG FURNITURE INC.
LANIER BUSINESS PRODUCTS CANADA INC.
LITTON BUSINESS FURNITURE

MONROE SYSTEMS FOR BUSINESS
NCR CANADA LTD.
NTI INC.
NASHUA CANADA LIMITED
NIENKAMPER
NIGHTINGALE INDUSTRIES LIMITED
OLIVETTI CANADA LIMITED
OLYMPIA BUSINESS MACHINES CANADA LTD.
PHILIPS INFORMATION SYSTEMS LTD.
PHILIPS-MICOM LTD.
PITNEY BOWES OF CANADA LTD.
PRIME COMPUTER OF CANADA LIMITED
PROFORM FURNITURE INDUSTRIES LIMITED
RAM PARTITIONS - A DIVISION OF INDAL LTD.
RECOGNITION EQUIPMENT (CANADA) LTD.
REX-ROTARY CANADA LIMITED
ROLM CANADA INC.
STC CANADA INC.
STE-MARIE + LAURENT INC.
SPERRY COMPUTER SYSTEMS
STEELCASE CANADA LIMITED
STORWAL INTERNATIONAL INC.
SUNAR - A DIVISION OF HAUSERMAN LTD.
TRW DATA SYSTEMS
TEKTRONIX CANADA INC.
3M CANADA INC.
VICTOR (CANADA) LIMITED
VISIrecord SYSTEMS (DIVISION OF NELMETAL LTD.)
WANG CANADA LTD.
WESTINGHOUSE CANADA INC., FURNITURE SYSTEMS
XEROX CANADA INC.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESSES—TÉMOINS

From the Canadian Business Equipment Manufacturers Association.:

Mr. John Reid, Control Data Canada, Ltd., (Chairman
CBEMA Legislation Committee)

Mr. Jon Creighton, Kodak Canada Inc., (Member,
CBEMA Legislation Committee)

Mr. Yves Desjardins-Siciliano, IBM Canada Ltd., (Member,
CBEMA Legislation Committee)

De l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau:

M. John Reid, Control Data Canada, Ltée, (président du
comité de la législation de l'ACFEB)

M. Jon Creighton, Kodak Canada Inc., (membre du comité
de la législation de l'ACFEB)

M. Yves Desjardins-Siciliano, IBM Canada Ltée, (membre
du comité de la législation de l'ACFEB)

DEPOSITORY LIBRARY MATERIAL



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

**Legal and
Constitutional Affairs**

**Affaires juridiques et
constitutionnelles**

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Thursday, June 16, 1983

Le jeudi 16 juin 1983

Issue No. 65

Fascicule n° 65

Thirteenth proceedings on:

Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Treizième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»

WITNESSES:
(See back cover)

TÉMOINS:
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

THURSDAY, JUNE 16, 1983

(94)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 1:35 p.m., the Chairman, the Honourable Senator Joan B. Neiman, presiding.

Present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Deschatelets, Haidasz, Lewis, Neiman and Nurgitz. (7)

In attendance: Mr. Donald MacDonald, Research Officer, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witnesses:

From the Canadian Payments Association:

Mr. James F. Dingle, Deputy Chairman;

Mr. Gordon F. Henderson, O.C., Q.C., (Gowling and Henderson), Counsel.

The Committee resumed consideration of Bill S-33 intitled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

Messrs. Dingle and Henderson made statements and answered questions.

On motion by the Honourable Senator Bosa, it was agreed,—That the brief of the Canadian Payments Association, the brief of the Advocates Society (Edward L. Greenspan, spokesman), and a letter from the Trust Companies Association of Canada, be printed as appendices to this day's proceedings. (See Appendices "65-A", "65-B" and "65-C").

At 3:15 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

Le greffier du Comité

Denis Bouffard

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

LE JEUDI 16 JUIN 1983

(94)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 13 h 35 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan B. Neiman (présidente).

Présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Deschatelets, Haidasz, Lewis, Neiman et Nurgitz. (7)

Aussi présents: M. Donald MacDonald, attaché de recherche, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoins:

De l'Association canadienne des paiements:

M. James F. Dingle, vice-président.

M^e Gordon F. Henderson, O.C., c.r. (Gowling and Henderson), conseiller juridique.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-33 intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve, adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

MM. Dingle et Henderson font une déclaration et répondent aux questions.

Sur une motion de l'honorable sénateur Bosa, il est convenu,—Que le mémoire de l'Association canadienne des paiements, le mémoire de l'Advocates' Society (Edward L. Greenspan, porte-parole) et une lettre de l'Association des compagnies de fiducie du Canada soient imprimés en annexe au procès-verbal de ce jour. (Voir annexe «65-A», «65-B» et «65-C»).

A 15 h 15, le Comité suspend ses travaux jusqu'à convocation du président.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

Ottawa, Thursday, June 16, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 1.30 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (Chairman) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, it gives me great pleasure to welcome on your behalf representatives from the Canadian Payments Association. With us is Mr. James Dingle, the Deputy Chairman of that association, Mr. Gordon F. Henderson, O.C., Q.C., of the distinguished law firm of Gowling & Henderson in Ottawa. On Mr. Henderson's right is Mr. Guy David, also with the firm of Gowling & Henderson and next to Mr. David is Mr. John S. Roberts, Gen Manager of the Canadian Payments Association.

The clerk has already distributed a copy of the brief submitted by the association, but Mr. Henderson tells me that he has prepared some additional notes. We have distributed copies of those notes so that you can follow along with him. I understand Mr. Dingle will make the initial introduction.

Mr. James F. Dingle, Deputy Chairman, Canadian Payments Association: Thank you, Madam Chairman.

Honourable senators, the Canadian Payments Association is pleased to appear before you this afternoon. We feel that the process of revising the evidence laws of Canada and the discussion of Bill S-33 are important activities because of the impact that evidence laws have on the way both businesses and individuals conduct their financial and commercial affairs from day to day.

Madam Chairman has been kind enough to introduce my colleagues this afternoon, but I should like to mention that, in addition to what she said, Mr. David has been functioning as counsel to the Canadian Payments Association and has worked extensively on the preparation of some of the material that has been put before you this afternoon.

In a moment I will call upon Mr. Henderson to give you the details of the Canadian Payments Association's brief, but if I may take just a moment or two of the committee's time to speak as a banker and an economist, as opposed to a lawyer, it might prove helpful to the committee. I will try to explain why the laws of evidence are of considerable importance to what we call deposit-taking financial institutions and, indeed, their clients—the individual citizens of Canada. These financial institutions, regardless of their category, be they chartered banks, trust and mortgage loan companies, credit unions, caisses populaires or the central bank—the Bank of Canada—all interact daily so as to allow Canadians to make monetary payments to one another. The social phenomenon which we economists call "money" is in large part not currency—it is not Bank of Canada notes or coins—but rather the transferable or chequeable deposit liabilities of these various financial institutions. To put it another way, money is the demand balances of the clients of those institutions. It is what you hold in your deposit account, wherever that happens to be.

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le jeudi 16 juin 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, à qui a été renvoyé le projet de loi S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence de l'uniformisation du droit, se réunit aujourd'hui à 13 h 30 pour en étudier les dispositions.

Le sénateur Joan Neiman, (président), occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, en votre nom, je suis heureuse de souhaiter la bienvenue aux représentants de l'Association canadienne des paiements. Je vous présente donc M. James Dingle, vice-président de l'Association, M. Gordon F. Henderson, o.c., c.r., de l'éminente étude Gowling et Henderson d'Ottawa. À la droite de M. Henderson, se trouve M. Guy David, lui aussi de l'étude Gowling et Henderson et aux côtés de M. David, M. John S. Roberts, directeur général de l'Association canadienne des paiements.

Le greffier nous a déjà remis le mémoire de l'Association, mais M. Henderson me dit qu'il a préparé certaines notes supplémentaires dont nous avons distribué des exemplaires, de sorte que vous puissiez le suivre. Je crois que M. Dingle fera la déclaration préliminaire.

M. James F. Dingle, vice-président, Association canadienne des paiements: Merci, madame le président.

Honorables sénateurs, l'Association canadienne des paiements est heureuse de comparaître devant votre Comité cet après-midi. Nous estimons que le processus de révision des lois sur la preuve au Canada et la discussion du projet de loi S-33 sont importants en raison de leurs retombées sur la conduite quotidienne des affaires des particuliers et des entreprises.

Madame le président a eu l'amabilité de présenter mes collègues, et j'aimerais ajouter que M. David a agi à titre d'expert-conseil auprès de l'Association canadienne des paiements et a collaboré activement à la préparation de certains des documents qui vous ont été remis.

Dans quelques instants, je demanderai à M. Henderson de vous expliquer en détail le mémoire de l'Association, mais si vous permettez, je vais prendre quelques minutes pour entretenir le Comité en mes qualités de banquier et d'économiste, et non d'avocat; peut-être en verrez-vous le bien-fondé. Je vais tenter d'expliquer pourquoi les lois sur la preuve sont d'une importance capitale pour ce que nous convenons d'appeler les institutions de dépôt et en fait, pour leurs clients, c'est-à-dire les citoyens canadiens. Ces institutions financières, quelle que soit leur nature, qu'il s'agisse de banques à charte, de sociétés de fiducie ou de prêts hypothécaires, de coopératives de crédit, des caisses populaires ou de la banque centrale, c'est-à-dire la Banque du Canada, entretiennent toutes des interrelations quotidiennes de façon à permettre aux Canadiens d'effectuer des transactions n'importe où, chez elles. Le phénomène social que nous, les économistes, appelons «argent», ne se compose pas majoritairement de numéraire—il ne s'agit pas de billets ou de pièces de la Banque du Canada—mais bien plutôt de dépôts négociables ou échangeables effectués dans ces diverses

[Text]

When the records of these financial institutions show that a payment has been made from individual A to individual B, then we typically assume that the purchase obligation or the debt repayment obligation or whatever has been fulfilled. These individual payment transactions—and there are literally millions taking place every day in this country—are the ongoing reflection of the market-oriented economy that has always existed in Canada. Currently, under the influence of the advances in information processing technology, the traditional paper documents used by these financial institutions, both as vehicles of and as records of payments, are being replaced by other and more computer-oriented forms.

The thrust of the brief of the Canadian Payments Association is to support the rule expressed in clause 157(1) of Bill S-33, namely, that:

A business record of a financial institution is, in the absence of evidence to the contrary, proof of any matter, transaction or account contained in the record.

This continuation of the traditional status of the records of financial institutions, as technology moves us further away from the traditional paper documents, is, in fact, a necessary condition for the healthy evolution of money in Canada toward increasingly electronic, and therefore speedier, more cost efficient and more reliable forms. This development, in turn, will support the efficiency of the marketplace generally in our country.

With your permission, Madam Chairman, I should like to ask Mr. Henderson to summarize the specific position taken in the association's brief with respect to the bill.

The Chairman: Thank you, Mr. Dingle. Mr. Henderson?

Mr. Gordon F. Henderson, O.C., Q.C., Counsel, Canadian Payments Association: Thank you, Madam Chairman and honourable senators. The Canadian Payments Association performs a statutory function pursuant to its Act of incorporation. The association was incorporated in 1980 by statute by virtue of Part IV of the Bank Act. If you wish to have a copy of it, Madam Chairman, as a handy reference, I can make it available to the committee.

The Canadian Payments Association does not have any significant records of its own. However, we provide a clearing service in respect of the cheques drawn on our member financial institutions. Our function is defined in section 58 of the Banks and Banking Law Revision Act of 1980. Our concern relates to the evidence adduced relating to the entries and records of Canadian financial institutions. We are speaking for 123 financial institutions, including the Bank of Canada, every chartered bank, trust and loan companies, credit unions, the Desjardins Movement and the Alberta Treasury Branches.

Our submission will relate to the definition of records, clauses 130 to 133 that deal with original, duplicate and copies

[Traduction]

institutions financières. Autrement dit, l'argent est le solde des demandes des clients de ces institutions. C'est ce que vous avez dans votre compte de dépôt, quel que soit l'établissement avec lequel vous fassiez affaire.

Lorsque les documents des institutions financières indiquent qu'un paiement a été négocié d'une personne A à une personne B, on suppose habituellement que l'obligation d'achat ou l'obligation de remboursement de la dette ou quelque autre obligation a été respectée. Ces transactions individuelles, et littéralement, il y en a des millions qui sont effectuées chaque jour au Canada, reflètent de façon constante le régime d'économie de marché qui a toujours été en vigueur au Canada. Actuellement, pour s'adapter aux progrès qui ont été réalisés dans les techniques de traitement de l'information, les documents de papier habituellement utilisés par ces institutions financières, à la fois comme moyens et comme preuves de paiements, sont remplacés par d'autres documents plus adaptés à l'informatique.

Dans son mémoire, l'Association canadienne des paiements approuve la règle inhérente au paragraphe 157(1) du projet de loi S-33, dont le libellé est le suivant:

Un document professionnel d'une institution financière fait preuve, sauf preuve contraire, de tout élément, transaction ou compte qui y est inscrit.

Au fur et à mesure que les progrès technologiques nous éloignent des documents de papier qui ont toujours été utilisés, l'importance qui a été et qui continue d'être accordée aux documents des institutions financières s'impose alors comme préalable nécessaire à la saine évolution du marché monétaire au Canada qui se dirige vers une informatisation accrue, procédé qui s'avérera plus rapide, plus rentable et plus fiable. En retour, cette informatisation viendra étayer l'efficacité de notre marché en général.

Si vous permettez, madame le président, je demanderai à M. Henderson de résumer le mémoire de notre Association, qui établit clairement notre position à l'égard du projet de loi.

Le président: Merci, monsieur Dingle. Monsieur Henderson?

M. Gordon F. Henderson, O.C., C.R., expert-conseil, Association canadienne des paiements: Merci, madame le président, et honorables sénateurs. L'Association canadienne des paiements exerce les fonctions découlant de sa loi de constitution. Elle a été constituée en corporation en 1980 aux termes de la Partie IV de la Loi sur les banques. Si vous désirez en obtenir un exemplaire, pour vous y reporter madame le président, je peux en remettre un au Comité.

L'Association canadienne des paiements n'a pas une très longue histoire. Toutefois, nous offrons un service de compensation des chèques tirés sur les comptes de nos institutions financières membres. Nos fonctions sont définies par l'article 58 de la Loi de 1980 remaniant la législation bancaire. Le point qui nous préoccupe, c'est l'admissibilité en preuve des écritures et des dossiers des institutions financières canadiennes. Nous représentons 123 institutions financières, y compris la Banque du Canada, toutes les banques à charte, sociétés de fiducie et de prêts, coopératives de crédit, le Mouvement Desjardins et les Treasury Branches de l'Alberta.

Notre mémoire porte sur la définition des dossiers, articles 130 à 133 concernant l'original, le double et les copies des

[Text]

of records and, more particularly, clauses 155 to 158 that deal with business records, and, still more particularly, business records of financial institutions.

By way of background, I should like to point out that for a long period of time business records of financial institutions have been accepted as having sufficient reliability to warrant their reception by a court as admissible evidence. Exceptions to the hearsay rule have developed to meet the realities of the business and financial communities. At the same time the law has always recognized that it should be open to anyone to challenge the accuracy of the record or entry—I stress these words—where some reason existed to warrant the exploration of the challenge.

Once admitted, however, the weight given to the record or entry must be determined by the trier of fact. The trier of fact in some instances will be the jury; in other instances, it will be the judge sitting alone.

We would suggest that clause 155 of the bill fails to recognize that admissibility is a matter of law for the trial judge, but weight is a matter for the jury and not for the trial judge. Clause 155 contemplates that the probative value will be determined by the trial judge initially, and that is why we point out that clause 155 should be examined from that standpoint. We think that the probative value aspect is something that the jury should determine as a matter of fact and it not a matter of law for the trial judge.

The first recognition of the reliability of business records of financial institutions was in 1879 in the enactment in England of the Bankers Book Evidence Act. A representative of the bank, whether manager, accountant or some other person who was in control of the record, was entitled to present the evidence to the court on the basis of an affidavit establishing certain basic conditions. These were four in number:

1. that the record was at the time of its making one of the ordinary books of the business;
2. that the entry was made in the ordinary course of business;
3. the book of record was still in possession of the business; and
4. that the copy was a true copy of the record of the financial institution.

Section 29(2) of the Canada Evidence Act gives effect in Canada to the principles established in 1879. The conditions as to the admissibility of evidence are essentially the same as those found in the Bankers Book Evidence Act. Under the Canada Evidence Act the conditions may be established orally or by affidavit by the manager or accountant of the financial institution.

You have heard a good deal of evidence relating to the case of *Regina v. McMullen*. You will recall that that case, in 1979, gives effect to those four conditions. Those are the four conditions of foundation evidence. We trace the McMullen case, which was in 1979, back to subsection 29(2) and back to the Act of 1879. Those conditions, which were formulated in

[Traduction]

dossiers et, plus précisément, les articles 155 à 158 traitant des documents professionnels, plus particulièrement ceux des institutions financières.

Dans ce contexte, j'aimerais faire remarquer que, pendant longtemps, les documents professionnels des institutions financières ont été considérés comme étant suffisamment recevables en preuve. Des exceptions à la règle du oui-dire se sont faites de plus en plus nombreuses pour s'adapter aux réalités du monde commercial et financier. Parallèlement, la loi a toujours autorisé quiconque à contester l'exactitude d'un dossier ou d'une inscription, et j'insiste bien sur ces termes, lorsqu'il existe un motif raisonnable de le faire.

Une fois le dossier ou l'inscription reçu, cependant, c'est au juge, des faits qu'il appartient de déterminer quelle importance y accorder. Dans certains cas, il s'agira du jury, dans d'autres, il s'agira du juge seul.

A notre avis, l'article 155 du projet de loi ne reconnaît pas que la recevabilité est une question de loi qu'il appartient au juge de régler, et que l'importance à y accorder revient au jury et non au juge. L'article 155 prévoit que la force probante sera déterminée par le juge d'abord, et c'est la raison pour laquelle nous signalons que cet article doit être étudié de ce point de vue. Nous croyons que la force probante devrait être une question de fait qu'il appartient au jury de déterminer et non une question de loi qui doit être confiée au tribunal.

C'est en 1879, avec l'adoption en Angleterre de la Bankers Book Evidence Act, qu'on a reconnu pour la première fois la fiabilité des documents professionnels des institutions financières. Un représentant de la banque, qu'il s'agisse du directeur, du comptable, ou d'une autre personne chargée des documents, était autorisé à présenter la preuve au Tribunal, dans une déclaration sous serment fixant certaines conditions fondamentales, à savoir:

1. que le registre était, lors de l'inscription, l'un des registres ordinaires de l'entreprise;
2. que l'inscription a été effectuée dans le cours ordinaire des affaires;
3. que le registre est toujours propriété de l'entreprise, et
4. que la copie du registre est une copie conforme du registre de l'entreprise.

L'article 29(2) de la Loi sur la preuve au Canada donne force de loi au Canada aux principes établis en 1879. Les conditions déterminant la recevabilité en preuve sont essentiellement les mêmes que celles prévues dans la Bankers Book Evidence Act. Aux termes de la Loi sur la preuve au Canada, les conditions peuvent être fixées par une déclaration orale ou sous serment par le directeur ou le comptable de l'institution financière.

Vous avez beaucoup entendu parler de la preuve apportée dans l'affaire *Regina c. McMullen*. Vous vous souviendrez que dans cette cause entendue en 1979, ces quatre conditions ont été acceptées. Ce sont là les quatre conditions de la preuve préalable. Nous relierons la cause McMullen, entendue en 1979, au paragraphe 29(2) et à la Loi de 1879. Ces conditions, qui

[Text]

1879, are still those which the law is applying today. We think they should be re-examined because circumstances have rendered them completely, in our submission, out of tune with the times.

We also suggest that clause 130 of the bill gives effect to the McMullen principle, gives effect to subsection 29(2), and goes back to 1879 which is, in our submission, unnecessary and archaic.

The Supreme Court of Canada has given recognition to the practical necessity of enlarging the area of admissibility of records that are generally reliable. In the 1970 decision of *Arès v. Venner*, (1970) S.C.R. 608 at 626, Mr. Justice Hall, speaking for the court, held that:

Hospital records, including nurses' notes, made contemporaneously by someone having a personal knowledge of the matters then being recorded and under a duty to make the entry or record should be received in evidence as *prima facie* proof of the facts stated therein.

If they are reliable, they constitute *prima facie* evidence. From that date, nurses' notes and hospital records are admissible in evidence as *prima facie* proof of the facts therein stated. He recognized the right of a party to challenge the accuracy of the record or entry. The court rejected the application of the hearsay rule and the old cases that gave it life. At page 625 of the decision, the court used words that, we submit, are particularly applicable to business records of financial institutions.

I will now quote Mr. Justice Hall who gave the judgment of the court. He said:

The necessity created by mass production and modern business could not then be foreseen. They did not provide for the anonymity of modern industrial records and the difficulty of tracing those who made them. The individuality of persons in a large factory or business may be difficult or impossible to discover. They do many repetitive and almost automatic tasks concerning which no memory exists. Yet their composite efforts make machines and records whose complexity, efficiency, and accuracy are beyond anything imaginable in 1886. In my view the anonymity of the recorded or the impossibility of tracing him create as valid a necessity as does his death for allowing his business records to be admitted. The principles on which the court sets out to discover the truth about these things remain unchanged, but the way in which those principles are applied must change if the principles are to be honoured and observed.

The legislature has also enlarged the rules of evidence to permit a court to receive documents. Section 45 of the Combines Investigation Act is an example. Documents seized by the Director of Investigation and Research under that act, pursuant to his powers under section 10 of the act, are admissible in evidence notwithstanding that they may represent hearsay evidence, sometimes very far distant hearsay evidence. This state of the law was made clear in the judgment of Mr. Justice Houlden in the case of *The Queen v. Anthes*. In

[Traduction]

ont été établies en 1879, s'appliquent toujours aujourd'hui. Nous croyons qu'elles devraient être réétudiées parce que les circonstances les ont rendues complètement inapplicables au fil des ans.

A notre avis, l'article 130 du projet de loi donne aussi force de loi au principe McMullen, au paragraphe 29(2) de la Loi sur la preuve et remonte à 1879, ce qui est inutile et archaïque.

La Cour suprême du Canada a reconnu qu'il était nécessaire d'élargir les conditions de recevabilité des dossiers qui sont généralement fiables. Dans sa décision rendue en 1970 dans l'affaire *Arès c. Venner*, (1970) R.C.S. p. 608 à 626, M. le juge Hall, au nom de la Cour, a décrété que:

Les dossiers d'hôpitaux, y compris les notes du personnel infirmier, rédigés par une personne connaissant le sujet en question et autorisée à ce faire devraient être admissibles en preuve de prime abord pour étayer les faits énoncés.

Si ces documents sont fiables, ils constituent alors une preuve de prime abord. Depuis lors, les notes d'infirmières et les documents d'hôpitaux sont recevables en preuve de prime abord des faits énoncés. Le juge a reconnu le droit d'une partie de contester l'exactitude d'un document ou d'une inscription. La Cour a rejeté l'application de la règle du oui-dire de même que les cas de jurisprudence qui y ont donné naissance. A la page 625 de la décision, la Cour a utilisé des termes qui, à notre avis, s'appliquent particulièrement aux documents professionnels des institutions financières.

Je vais vous citer M. le juge Hall qui a rendu le jugement de la Cour suprême. Il a dit ceci:

La nécessité créée par la production de masse et les entreprises modernes ne pouvait alors être envisagée. Personne n'a prévu le caractère anonyme des documents industriels ni les difficultés à en retracer les auteurs. Il peut être impossible de déceler l'identité d'une personne dans une grande usine. Celle-ci accomplit de nombreuses tâches répétitives et quasi automatiques qui ne sont pas consignées. Et pourtant, grâce aux efforts de tous, on fabrique des machines et rédige des documents dont la complexité, l'efficacité et la précision dépassaient l'imagination en 1886. A mon avis, l'anonymat du préposé aux documents ou l'impossibilité d'en retracer l'auteur créent la nécessité, tout aussi valide que sa mort, de recevoir ses documents professionnels en preuve. Les principes sur lesquels se fonde le tribunal pour découvrir la véracité de ces documents demeurent les mêmes, mais la façon d'appliquer ces principes doit changer si l'on veut qu'ils soient honorés et observés.

Les assemblées législatives des provinces ont aussi élargi la règle de la preuve pour permettre à un tribunal de recevoir des documents en preuve. L'article 45 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en est un exemple. Les documents saisis par le Directeur des enquêtes et recherches, dont les pouvoirs sont définis à l'article 10, sont admissibles en preuve bien qu'ils puissent constituer une preuve de oui-dire parfois fort éloignée. Cette règle de loi a été établie clairement dans la décision de M. le juge Houlden dans la cause *R. c. Anthes*.

[Text]

that case, the admitted document, which had been seized, was ultimately given little weight when weighed with all the other evidence.

We suggest that the legislature and the courts have recognized that documents should be admitted in evidence where there is a circumstantial likelihood of accuracy. That is, where you are satisfied that the circumstances are such that they are likely to be accurate, then those records, in our submission, ought to be admitted. In particular circumstances, however, a challenge should be available.

Senator Deschatelets: Do you mean they should be admitted as *prima facie* evidence?

Mr. Henderson: Exactly. In other words, it is a rebuttable presumption which can be challenged. The challenge should not be an automatic challenge so that in every instance someone who wants to disrupt the proceedings and make the challenge would require a bank manager to be there to explain the records. If he has some rational reason, and the judge is satisfied that there is some rational reason, then, of course, the challenge can be made. It is only *prima facie*, as in the Anthes case, when weighed with all the other evidence.

The business records of financial institutions fall into that category. Entries kept in the normal course of business by persons having a duty to keep such records in financial institutions should, in our submission to you, be treated as being trustworthy.

In this respect, section 157 of the Bank Act is noteworthy. That section requires, as a matter of law, that banks maintain, for each customer, on a daily basis, a record showing particulars of the transactions between the bank and the customer. The section also requires that banks take reasonable precautions to prevent falsification of entries and detection and correction of errors in its records. Any bank or employee of a bank that contravenes the section is subject, on conviction, to a fine of up to \$5,000 or imprisonment for six months.

In such circumstances, it is the position of this association that clause 130 of Bill S-33 should recognize the need to have records and entries of financial institutions made available to the court with the least possible disruption to the affairs of the financial institution and with a view to preserving the secrecy of the system employed. The security risk is especially sensitive where computers are used. The financial institutions, on behalf of whom we are speaking, all use computers for the maintenance of their records.

At the same time, we recognize the right of any party to an action to challenge the accuracy of the record or system under which it is recorded. But there should be some reason shown to the court that there is a rational basis for the challenge.

Changes of technology relating to record-keeping, transmission, and reproduction of records should be taken into consideration in the present bill in respect of the admissibility of evidence. It is our opinion that the bill fails to give effect to

[Traduction]

Dans cette cause, le document reçu, qui avait été saisi, s'est vu finalement accorder peu d'importance par rapport aux autres preuves.

A notre avis, les assemblées législatives et les tribunaux ont reconnu que des documents pouvaient être reçus en preuve lorsqu'il y a probabilité circonstancielle de véracité. C'est-à-dire, lorsque vous êtes convaincu que les circonstances sont telles que le document est probablement exact; à notre avis, ces documents devraient être reçus en preuve. Toutefois, dans des circonstances particulières, leur exactitude peut être contestée.

Le sénateur Deschatelets: Voulez-vous dire que ces documents devraient être reçus en tant que preuves de prime abord?

M. Henderson: Oui. Autrement dit, il s'agit ici d'une présomption réfutable qui peut être mise en doute. Cette contestation ne devrait pas être automatique de sorte que, dans chaque cause, quelqu'un qui veut perturber les procédures et contester demande à un directeur de banque de venir expliquer les documents devant le tribunal. S'il a une bonne raison de le faire et si le juge est convaincu que cette raison est effectivement bonne, alors, bien sûr, la contestation peut être faite. Tout comme dans l'affaire Anthes, il s'agit d'une preuve de prime abord qui est évaluée par rapport aux autres preuves.

Les documents professionnels des institutions financières sont inclus dans cette catégorie. Les écritures faites normalement par des personnes qui sont chargées de tenir ces documents dans des institutions financières devraient, à notre avis, être considérées comme des documents fiables.

A cet égard, l'article 157 de la Loi sur les banques est intéressant. La loi prévoit que les banques doivent conserver, pour chaque client, un registre contenant les détails des transactions quotidiennes entre la banque et le client. L'article dispose en outre que les banques doivent prendre des précautions raisonnables pour empêcher la falsification des inscriptions et veiller à la détection et à la correction des erreurs dans ses dossiers. Toute banque ou tout employé de banque qui contrevient à l'article est passible, sur reconnaissance de culpabilité, d'une amende maximale de \$5,000 ou d'une peine d'emprisonnement de six mois.

Dans ces conditions, l'Association estime que l'article 130 du projet de loi S-33 devrait reconnaître la nécessité d'obliger les institutions financières à soumettre leurs registres et leurs écritures au tribunal, en essayant de perturber le moins possible les activités de l'institution financière et ce, en vue de protéger la confidentialité du système utilisé. Ce risque est particulièrement important dans le cas des ordinateurs. Les institutions financières, au nom de qui nous intervenons actuellement, utilisent toutes des ordinateurs pour leurs documents.

De même, nous reconnaissons le droit d'une partie à contester la véracité du document ou du système dans lequel le document est inscrit. Mais par contre, cette partie doit prouver au tribunal qu'elle a des raisons valables pour ce faire.

Les techniques nouvelles utilisées pour la tenue des dossiers, la transmission et la reproduction des documents doivent être prises en considération dans le projet de loi actuel en ce qui a trait à la recevabilité en preuve. Nous sommes d'avis que le

[Text]

modern methods of record-keeping and, more particularly, to those methods employed by Canada's financial institutions in respect of billions of transactions per annum.

The maintenance of records through a computer differs from the maintenance of book entries. In respect of the computer, the output differs in form from the input. Moreover, the system of entry and output involves the services of different people. In fact, one of the aspects of secrecy is that different people perform different functions.

The significance of this point merits a consideration of the definition of record and analysis of clauses 130 to 133 insofar as they apply to clauses 155 to 159 inclusive.

I have already referred to the McMullen case, and I do not need to read that to you since you have already had evidence on how it gives effect to subsection 29(2) of the Canada Evidence Act.

I would turn to clause 130(c) which is the heart of our problem. "Original" is defined in that clause as meaning, in relation to a record taken from a computer, "any printout that reflects accurately the data or information or is the product of a system that does so." The burden of our submission to you today is that those words are unnecessary, unwise and should be removed.

In our opinion, this definition would require the court to make an inquiry to determine if the printout reflects accurately the data or information and is the product of a system that does so.

In the case of financial institutions and the records maintained by financial institutions, we submit that such an inquiry is neither necessary nor wise. Financial institutions are obliged to maintain records in the public interest and in their own interests. We suggest that there should be a presumption that their records and the output from the computers employed by them reflect accurately the data or information and that they are the products of a system that does so. In other words, we are urging that an exception be made to the records of financial institutions.

We would suggest that the following conditions be accepted as a basis for the admissibility of the records of financial institutions to best ensure the accuracy of the record offered in evidence: first, that a certificate—and I would ask honourable senators to note that we urge a certificate rather than an affidavit, which takes time, and is, in our submission, unnecessary—be produced by a representative officer of the financial institution wherein he declares that the record is an intelligible record of the institution; and secondly that it is an original record of the transaction.

Here I am using "original" in the sense of the definition given in the bill rather than in the sense of a copy, as was used in the McMullen case.

[Traduction]

projet de loi ne reconnaît pas les méthodes modernes de tenue des dossiers et plus particulièrement les méthodes employées par les institutions financières canadiennes pour répertorier les milliards de transactions effectuées annuellement.

La tenue de dossiers sur support informatique est différente des écritures classiques. En ce qui a trait à l'ordinateur, la sortie est différente de l'entrée. De plus, le système d'inscription et de sortie fait appel aux services de différentes personnes. En fait, l'un des aspects qui touche la confidentialité, c'est que différentes personnes exécutent des fonctions différentes.

L'importance de cette question justifie que l'on étudie la définition du dossier et de l'analyse donnée aux articles 130 à 133 dans la mesure où ces dispositions s'appliquent aussi aux articles 155 à 159 inclusivement.

J'ai déjà parlé de l'affaire McMullen, et je n'ai pas besoin de vous lire cela puisque vous avez déjà entendu des témoignages sur la façon dont elle fait intervenir le paragraphe 29(2) de la Loi sur la preuve au Canada.

Je passe maintenant au paragraphe 130(c) qui est le cœur du problème. «Constitue un original», précise l'article relativement à des données informatiques, «tout document intelligible provenant de l'appareil où elles sont emmagasinées et qui les reflète fidèlement ou qui est le produit d'un système qui donne le même résultat.» Ce que nous voulons vous faire saisir dans notre mémoire aujourd'hui, c'est que ces termes sont inutiles, malavisés et devraient être abrogés.

À notre avis, cette définition obligerait le tribunal à faire enquête pour déterminer si les imprimés d'informatique reflètent précisément les données et les informations et sont le produit d'un système qui donne le même résultat.

En ce qui concerne les institutions financières et les dossiers tenus par ces dernières, nous sommes d'avis que pareille enquête n'est ni nécessaire ni judiciaire. Les institutions financières sont obligées de tenir des dossiers dans l'intérêt du public et dans leur propre intérêt. Nous sommes d'avis qu'il devrait être présumé que leurs dossiers et les données de sortie des ordinateurs dont elles se servent reflètent fidèlement les données informatisées et sont le produit d'un système qui donne le même résultat. En d'autres termes, nous vous prions instamment de faire une exception pour les dossiers des institutions financières.

Nous voudrions vous proposer d'accepter les conditions ci-dessous comme fondement de la recevabilité des documents d'institutions financières, afin d'assurer dans toute la mesure du possible que le document présenté en preuve est exact: premièrement, nous proposons qu'un représentant de l'institution financière présente certificat—et je prie les honorables sénateurs de remarquer que nous préconisons l'usage d'un certificat plutôt que d'un affidavit, qui fait perdre du temps et qui, selon nous, est inutile—dans lequel il déclare que le document est un document intelligible appartenant à l'institution et, deuxièmement, qu'il s'agisse d'un enregistrement original de la transaction.

J'emploie ici, le terme «original» dans le sens où l'entend la définition donnée dans le projet de loi, plutôt que dans le sens de copie, terme employé dans l'affaire McMullen.

[Text]

Senator Bosa: Madam Chairman, I wonder if the witness would clarify for us what he means by "certificate." Does he mean taking the information from a printout and transferring it onto a certificate?

Mr. Henderson: No, the certificate would be a separate document accompanying the information. It would be signed by the responsible officer and that document would have the same force and effect as it would if it were an affidavit.

Senator Asselin: Would the certificate replace the affidavit?

Mr. Henderson: The certificate would replace the affidavit but it would have the same force and effect as an affidavit. In other words, perjury and all of its consequences would follow in the same way for the two documents, the only difference being that the officer would not go through the jurat with a lawyer. The same consequences would flow from the perjury or inaccuracy of the certificate as would flow from that of the affidavit, so that, in effect, it is the form, not the substance, in which we are urging a change; that is our submission. Have I answered your question, Senator Bosa?

Senator Bosa: Yes.

Mr. Henderson: It is a separate document and the record itself would be separate entirely from the certificate.

On the basis of these conditions, the record or entry should then be admissible into evidence as proof of that transaction, in the absence of evidence to the contrary in relation to the accuracy of the information recorded. In effect, the certificate is constituted a presumption of accuracy capable of being rebutted in the face of better evidence.

As to safeguards, we would suggest that penal consequences of the law would apply if false evidence is presented by way of a certificate. The certificate would also include a statement that the officer is aware that the effect of his signature is the equivalent of taking an oath.

Senator Deschatelets: Would the officer who signs the certificate appear in court?

Mr. Henderson: I will come to that matter in the balance of our submission, senator, but the answer is no. Our submission to you is that the officer would only come into court if the party to the action were able to satisfy the judge that there was some reason to believe that the record was inaccurate or that the system was not satisfactory or that the certificate was false. If the party to the action could satisfy a court to that effect on some rational basis, then the officer would be called to give evidence.

Senator Lewis: Would the officer not be subject to subpoena?

Mr. Henderson: The officer would always be subject to subpoena in accordance with the act.

Senator Deschatelets: You do understand why I am asking this question, do you not? Suppose that you have an officer of the company who signs the certificate and who does not appear in court. The defendant, who may wish to challenge anything in the certificate, could not then put questions to the officer. That is my point.

[Traduction]

Le sénateur Bosa: Madame le président, le témoin pourrait-il nous expliquer plus clairement ce qu'il entend par «certificat». Veut-il dire prendre les renseignements extraits d'un imprimé et les transférer dans un certificat?

M. Henderson: Non, le certificat serait un document séparé accompagnant les renseignements. Il serait signé par l'agent responsable et aurait la même force et le même effet que si c'était un affidavit.

Le sénateur Asselin: Le certificat remplacerait-il l'affidavit?

M. Henderson: Le certificat remplacerait l'affidavit, mais il aurait la même force et le même effet qu'un affidavit. En d'autres termes, un parjure et toutes ses conséquences seraient traités de la même façon pour ce qui est des deux documents, la seule différence étant que l'agent n'aurait pas à faire une attestation de serment devant un avocat. Les conséquences découlant du parjure ou de l'inexactitude du certificat seraient les mêmes que pour l'affidavit; ainsi, en réalité, c'est la forme et non la substance que nous vous exhortons de changer; voilà notre thèse. Cela répond-il à votre question, sénateur Bosa?

Le sénateur Bosa: Oui.

M. Henderson: Il s'agit d'un document distinct, et le dossier lui-même serait tout à fait séparé du certificat.

Compte tenu de ces conditions, le document ou l'inscription devrait donc être admissible en preuve pour attester cette transaction, en l'absence d'une preuve à l'effet du contraire sur l'exactitude des renseignements enregistrés. En effet, le certificat constitue une présomption d'exactitude qui peut être repoussée sur présentation d'une meilleure preuve.

Quant aux garanties, nous proposerions l'application de sanctions prévues par la loi si des faux témoignages étaient présentés au moyen d'un certificat. Le certificat indiquerait également que l'agent est conscient que sa signature équivaut à une déclaration assermentée.

Le sénateur Deschatelets: L'agent qui signe le certificat comparaitrait-il devant le tribunal?

M. Henderson: J'aborderai cette question dans la dernière partie de notre exposé, sénateur, mais je peux vous dire tout de suite que la réponse est négative. Selon notre proposition, l'agent ne comparaitrait devant le tribunal que si la partie au procès pouvait convaincre le juge qu'il y avait quelques motifs de croire que le document était inexact ou que le système faisait défaut, ou encore que le certificat était un faux. Si, pour ce faire, la partie au procès s'appuyait sur des données rationnelles, l'agent serait alors appelé à témoigner.

Le sénateur Lewis: L'agent ne serait-il pas cité à comparaître?

M. Henderson: L'agent pourrait toujours être cité à comparaître conformément à la loi.

Le sénateur Deschatelets: Vous comprenez bien pourquoi je pose cette question, n'est-ce pas? Admettons qu'un agent de la société signe le certificat et ne compareisse pas devant le tribunal. Le défendeur, qui désire peut-être contester quelque chose dans le certificat, ne pourrait pas alors interroger l'agent. C'est là où je veux en venir.

[Text]

Mr. Henderson: As I read the bill, it now provides for the intervention of leave of the court. My concern with that, is that the matter of leave of the court depends entirely on the nature of the court, and different rulings relating to that leave may be given. Even as the bill stands now, however, it is contemplated that the officer would not be called in every case. It is our submission that the officer would only be called when the person who wishes to challenge him has some reason to believe that he should be challenged. In that case, the leave of the court would be granted. Any person, however, is always subject to subpoena.

Senator Bosa: On the same point, what is the major objection to the calling of the officer? Would it be that there are many of these cases in court and that it would be time consuming for the officer to have to appear constantly in court?

Mr. Henderson: There are two reasons, senator, and yes, that is one.

Senator Bosa: This would be a common occurrence, would it?

Mr. Henderson: No, but it can become common, in light of the way in which our courts are moving today. There are those who seek to disrupt the court—who would use any technique to delay. If it is unnecessary to call the officer from wherever he is to court, then we suggest to you that he should not be put under that burden. If, however, he is subject to be called on every occasion, that procedure is capable of being abused. All we are urging is that the court be given some reason why he should be called. Then he would be subject to cross-examination—and I am coming to that—which is dealt with in clause 156. I am dealing now with the certificate and the foundation evidence to its admissibility.

In our submission, there should be no need for foundation evidence in order to have the certificate admitted. Now we will deal with the second aspect, which is; once admitted, how is it challenged? In my submission, it is challenged by giving to the court some reason to doubt the validity of that document. Under those circumstances, the court, having assessed whether there is a rational basis upon which to challenge the document, will order the officer to be cross-examined. There should, however, be some showing of such a basis for challenge; otherwise the officer could be called constantly and the affairs of the financial institution would therefore be constantly disrupted.

Senator Bosa: Would he not be called once to testify?

Mr. Henderson: When I say “constantly”, I am referring to the number of times records are called. In one case, the officer would be called once, but how many cases would there be, and where, and how often would his attendance be required? In other words, in our submission, it is not necessary to put the officer in that position.

[Traduction]

M. Henderson: Si je ne me trompe, le projet de loi prévoit maintenant une autorisation du tribunal. Ce qui me préoccupe à ce sujet, c'est que la question de l'autorisation du tribunal dépend entièrement de la nature de ce dernier, et différentes décisions relatives à cette autorisation peuvent être rendues. Toutefois, même selon le libellé actuel du projet de loi, il est prévu que l'agent ne serait pas cité à comparaître dans toutes les causes. Selon notre proposition, l'agent ne serait cité à comparaître si la personne qui désire récuser son témoignage a quelque motif de croire qu'il devrait l'être. Dans ce cas, le tribunal donnerait son autorisation. Cependant, une personne peut être citée à comparaître.

Le sénateur Bosa: A ce sujet, quelle est la principale objection soulevée contre la citation à comparaître? Est-ce parce que les tribunaux examinent de nombreuses affaires de ce genre et que l'agent perdrait beaucoup de temps s'il devait comparaître constamment devant l'un d'eux?

M. Henderson: Il y a deux raisons à cela, sénateur, et celle que vous avez donnée est l'une d'elles.

Le sénateur Bosa: Cette situation se produirait fréquemment, n'est-ce pas?

M. Henderson: Non, mais il est possible que cela devienne le cas si l'on en juge par l'orientation que prennent nos tribunaux aujourd'hui. Il y a des gens qui cherchent à perturber les assises, qui recourraient à n'importe quelle technique pour retarder les choses. S'il est inutile de citer à comparaître l'agent, où qu'il se trouve, nous sommes d'avis qu'il ne devrait pas être soumis à cette corvée. Toutefois, s'il risque d'être cité à comparaître chaque fois, il est possible que certains cherchent à abuser de cette procédure. Tout ce que nous désirons instamment, c'est que l'on présente au tribunal un motif pour citer l'agent à comparaître. Il serait alors soumis au contre-interrogatoire—et j'en parlerai dans un instant—dont il est question à l'article 156. Je voudrais maintenant aborder la question du certificat et de la preuve préalable de sa recevabilité.

A notre avis, il ne devrait pas être nécessaire de présenter une preuve préalable pour admettre le certificat. Nous allons maintenant aborder le deuxième aspect de la question; une fois que le certificat est admis, comment peut-il être contesté? A mon vis, on le conteste en donnant au tribunal une raison quelconque de douter de sa validité. Dans ces circonstances, après avoir déterminé s'il y a une raison valable de le contester, le tribunal ordonnera que l'agent subisse un contre-interrogatoire. Il faudrait cependant démontrer que cette récusation est fondée; autrement, l'agent serait constamment convoqué et, partant, les activités de l'institution financière seraient constamment perturbées.

Le sénateur Bosa: Ne serait-il pas appelé une seule fois pour témoigner?

M. Henderson: Quand je dis «constamment», je fais allusion au nombre de fois que des documents sont demandés. Dans une affaire donnée, l'agent serait cité une fois à comparaître, mais on peut se demander combien de causes seront entendues, où elles le seront, et combien de fois la présence de l'agent sera

[Text]

We would also suggest that the line of demarcation in respect of the "original," "duplicate" and "copy" of a record is unclear. Clause 133 relates to the admissibility of copies, but "a copy" is not defined. A facsimile of a record is an original, yet "a facsimile" by dictionary definition is "an exact copy." A photograph is a "duplicate". A photocopy is an exact copy and would be a facsimile or an exact copy. We urge that those definitions be re-examined.

I now come to the matter of calling the witness. Up to now I have been dealing with the admissibility of the record. It is our submission that the record should be admitted without the preliminary inquiry that is now provided for in clause 130. Having admitted the record, what is the technique of challenging it?

The relationship of clause 156 to clause 157(2) is, in our opinion, unclear. If a business record of a financial institution is intended to be *prima facie* proof of any matter, transaction or account contained in a record, then it should be made clear that clause 156 is not intended to be applicable to the business records of a financial institution.

Clause 156 refers to all business records. Clause 157(2) refers particularly to the business records of financial institutions. It is unclear to us whether clause 156 is not intended to apply, therefore, to business records of financial institutions and we rely on clause 157. The relationship between the two clauses is unclear. If the two clauses stand as they are now worded, applications to the court to cross-examine the officer of the financial institution under clause 156 for the sake of a fishing expedition could be expected as a matter of course. An order requiring a detailed examination of the system could be destructive to the secrecy of the system, and, as a practical matter, not one but several persons might be required to be examined.

Senator Deschatelets: When you talk about the "secrecy of the system", saying that everyone having to do with the business administration would use that word, do you have in mind secrecy for the machinery? As a layman I would think that all these computers and so on are alike, although some are more expensive than others. You claim that your system is different from others if you talk about the secrecy of uses.

Mr. Henderson: We have secrecy of the system; we have secrecy in relation to the information; both of those are aspects of secrecy. I am instructed that "secrecy" is perhaps not as good a word as "security". The word should have been "security". When we say "secrecy", we mean security of access to the system. In fact, all people do not know every aspect of the system, because we do not want everybody to know how to have access to it, how to obtain information that is secret.

[Traduction]

nécessaire? En d'autres termes, selon nous, il n'est pas nécessaire de soumettre l'agent à cette procédure.

Nous sommes également d'avis que la ligne de démarcation entre l'«original», le «double» et la «copie» d'un document n'est pas précise. L'article 133 porte sur la recevabilité de copies, mais le projet de loi ne définit pas le terme «copie». Une reproduction d'un document est un original et pourtant, selon la définition donnée dans le dictionnaire, «une reproduction» est une «copie conforme». Une photographie est un «double». Une photocopie est une copie conforme et serait une reproduction ou une copie conforme. Nous vous exhortons à réexaminer ces définitions.

J'en viens maintenant à la question de la citation du témoin à comparaître. Jusqu'ici, j'ai parlé de la recevabilité du document. Nous sommes d'avis que le document devrait être admis sans l'enquête préliminaire prévue actuellement à l'article 130. Le document ayant été admis, quelle technique emploie-t-on pour le contester?

Selon nous, le rapport qui existe entre l'article 156 et le paragraphe 157(2) n'est pas clair. Si un document professionnel d'une institution financière doit constituer un commencement de preuve de tout élément, transaction ou compte qui y est inscrit, il devrait être indiqué clairement que l'article 156 ne vise pas à s'appliquer aux documents professionnels d'une institution financière.

L'article 156 porte sur tous les documents professionnels. Le paragraphe 157(2) traite particulièrement des documents professionnels d'institutions financières. Nous ne savons pas exactement pourquoi l'article 156 ne vise donc pas à s'appliquer aux documents professionnels d'institutions financières, et nous nous basons sur l'article 157. Le rapport qui existe entre ces deux articles n'est pas clair. Si les deux articles restent libellés de la façon actuelle, il faudra évidemment s'attendre à ce que des demandes de contre-interrogation de l'agent d'une institution financière, soient présentées au tribunal en vertu de l'article 156, juste pour le plaisir de mener un interrogatoire à l'aventure. Une ordonnance exigeant un examen détaillé du système pourrait porter préjudice à son caractère secret et, pour des considérations pratiques, non pas une, mais plusieurs personnes, pourraient être appelées à subir un interrogatoire.

Le sénateur Deschatelets: Quand vous parlez du «caractère secret du système» et dites que tous ceux qui s'occupent de l'administration de ces affaires emploieraient cette expression, faites-vous allusion au caractère secret que doivent revêtir les appareils? En tant que profane, je suis enclin à penser que tous ces ordinateurs se ressemblent, bien que certains soient plus coûteux que d'autres. Vous prétendez que votre système est différent des autres si vous parlez du caractère secret de ses usages.

M. Henderson: Notre système revêt un caractère secret; les renseignements qu'il contient revêtent également un caractère secret; ce sont là deux aspects du caractère secret. On me dit que l'expression «caractère secret» n'est peut-être pas aussi appropriée que le terme «sécurité». Il aurait fallu parler de «sécurité». Lorsque nous disons «caractère secret», nous entendons la sécurité d'accès au système. En fait, les gens ne connaissent pas tous chaque aspect du système, car nous ne

[Text]

Security of the system is an extremely important aspect of a bank's operation.

Senator Deschatelets: You are more concerned about the secrecy of the information than the secrecy of the system.

Mr. Henderson: They are not entirely unrelated, in this sense. Not from the technological standpoint of the operation, but the secrecy, so that people would have access to it, make use of it, using the computer time and so on, absolutely, yes.

At the same time, if there is some evidence presented to the court giving rise to a doubt as to the accuracy of the record or the system, the court should be able to permit an inquiry in such a manner and with such safeguards as the court determines.

We recommend, to give effect to a proper balance between conflicting interests, that consideration be given to amending clause 156 of Bill S-33, whereby after the words, "with leave of the Court", there be added the words, "upon a showing of a reasonable ground for doubting the accuracy of the record or entry or the system under which the record or entry was produced." In our view the criterion of a reasonable ground should be made statutory.

In summary, the recommendations of the association are:

1. The certificate of an officer of the financial institution whose computer-produced record is to be submitted to the court is admissible without further proof as an original entry.

2. The certificate will have the same force and effect and sanction as an affidavit.

3. Any person has the right to challenge the validity of the record as an element of its weight upon a showing of a rational basis for such challenge.

4. There is no need to establish as a condition to admissibility that the output of the computer maintained by a financial institution is accurate or the product of a system that accurately reflects data or information as presently required by clause 130.

5. Either clause 156 should not apply to financial institutions, as the situation in relation to them is covered by clause 157(2), or a special cause should be shown to the court under clause 156 as applied to financial institutions.

The Chairman: Thank you, Mr. Henderson. Before I ask Senator Nurgitz to commence the questioning, I wonder if I could just clarify one matter in my mind about recommendation 2, where you suggest that a certificate should be sufficient rather than an affidavit. What is the present practice?

Mr. Henderson: Affidavit.

The Chairman: You feel this is too onerous?

Mr. Henderson: It is onerous in the sense of being time-consuming. The officer of the institution has to go to find a

[Traduction]

voulons pas que tout le monde sache comment y accéder, ni comment obtenir des renseignements qui sont secrets. La sécurité du système est un aspect extrêmement important des activités d'une banque.

Le sénateur Deschatelets: Vous êtes plus préoccupé par le caractère secret des renseignements que par celui du système.

M. Henderson: Ils ne sont pas entièrement étrangers l'un à l'autre dans le sens que voici: non pas du point de vue technique de l'opération, mais assurément du point de vue du caractère secret, de sorte que des personnes y auraient accès, s'en serviraient, utiliseraient le temps machine et ainsi de suite.

En même temps, si on présente au tribunal une preuve qui met en doute l'exactitude du document ou du système, le tribunal devrait pouvoir autoriser la tenue d'une enquête, de la manière et avec les garanties qu'il déterminera.

Pour établir un bon équilibre entre les intérêts qui entrent en conflit, nous vous recommandons d'envisager de modifier l'article 156 du projet de loi S-33, de sorte qu'après les termes «avec l'autorisation du tribunal» on ajoute ceux-ci: «après avoir démontré qu'il existe un motif valable de douter de l'exactitude du document ou de l'inscription, ou du système qui a établi le document ou l'inscription.» A notre avis, la condition dite du «motif valable» devrait être exigée en vertu de la loi.

En résumé, les recommandations de l'association sont les suivantes:

1. Le certificat d'un agent de l'institution financière dont un document établi par ordinateur doit être présenté au tribunal est recevable sans autre preuve qu'il s'agit d'une inscription originale.

2. Le certificat aura la même force, le même effet et la même valeur qu'un affidavit.

3. Toute personne a le droit de contester la validité du document en tant qu'élément de sa valeur, en appuyant cette contestation sur des bases rationnelles.

4. Il n'est pas nécessaire d'établir, comme condition de recevabilité, que les données de sortie de l'ordinateur d'une institution financière sont exactes ou sont le produit d'un système qui reflète fidèlement des données informatisées, comme l'exige actuellement l'article 130.

5. Ou bien l'article 156 ne devrait pas s'appliquer aux institutions financières, car leur cas est traité à l'article 157(2), ou bien une cause spéciale s'appliquant aux institutions financières devrait être prouvée devant le tribunal aux termes de l'article 156.

Le président: Je vous remercie, monsieur Henderson. Avant de demander au sénateur Nurgitz de commencer à poser des questions, pourriez-vous m'expliquer juste un point au sujet de la deuxième recommandation dans laquelle vous laissez entendre qu'un certificat, au lieu d'un affidavit, devrait être suffisant. Qu'employez-vous actuellement?

M. Henderson: Un affidavit.

Le président: Vous pensez que celui-ci est trop coûteux?

M. Henderson: Il est coûteux dans le sens qu'il fait perdre du temps. L'agent de l'institution doit trouver un avocat, puis

[Text]

lawyer; he goes through the usual jurat, saying, "I swear this to be true." That is form. We submit that having the manager or other officer go out to find a lawyer for that purpose is unnecessary.

The Chairman: Cannot that be sworn in his office by a commissioner for taking oaths as a statutory declaration?

Mr. Henderson: In view of the number of financial institutions we have, there are not that number of commissioners. Small branches do not have them. We suggest this to facilitate getting this information to the court quickly, and to eliminate the need to go to a lawyer to have the jurat taken. I can say to you that lawyers do not charge for that service. It is not doing lawyers out of any business.

Senator Asselin: It is not your problem.

Mr. Henderson: That is right. In any event, it is a matter of convenience. I accept that it is a matter of convenience.

The Chairman: Thank you, Mr. Henderson. I will now call on Senator Nurgitz to begin the questioning.

Senator Nurgitz: I was going to raise this question, which I failed to raise with the Canadian Bankers' Association when they were here. As I read the sections pertaining to commercial transactions and commercial documentation and records, certainly I was somewhat struck with the notion that we update the Canada Evidence Act probably every 50 years. Now that we are entering into this computer technology age, is it not your impression that we have not taken that into account? I appreciate the comments you made on specifics, but I am now being more general with respect to the whole of the bill. We have such things as electronic funds transfer. You talk about less paper. We are going to have almost no paper, although it will be good banking. Someone will walk across the street and hand a card in; cheques will disappear; when I make a purchase, the money will go into the store's account and out of my account. I am just wondering whether people like yourselves are not going far enough in bringing to our attention this whole notion that we are not facing up to the situation. I am not sure we are even in the sixties, let alone the eighties.

Mr. Henderson: I think your point is very well taken. Putting a crystal ball before us as to where we are going in terms of technology, I am by no means satisfied that the bill has taken that into consideration. It is certainly a matter that we, from our standpoint, are vitally interested in. We did address it in our brief, not to a very large extent, but in a minor way, at pages 2 to 4. Certainly if you would like us to address that point, in more detail, we would give consideration to that matter, because I think it is forward-thinking in relation to where we are going. It might well be taken into

[Traduction]

déclarer dans l'attestation de serment habituelle: «Je jure que cela est exact.» Cela se fait. Nous sommes d'avis qu'il est inutile que le directeur ou un autre agent trouve un avocat à cette fin.

Le président: Un commissaire à l'assermentation ne peut-il pas se rendre à son bureau pour recueillir sa déclaration statutaire?

M. Henderson: Nos institutions financières sont plus nombreuses que les commissaires dont nous disposons. Les petites succursales n'en ont pas. Nous suggérons cela afin que le tribunal reçoive rapidement ces renseignements et qu'il ne soit pas nécessaire de se rendre chez un avocat pour faire l'attestation de serment. Je puis vous dire que les avocats ne demandent pas d'honoraires pour ce service. Cela ne leur rapporte rien.

Le sénateur Asselin: Ce n'est pas votre problème.

M. Henderson: C'est exact. De toute façon, c'est une question de commodité. J'admets qu'il s'agit d'une question de commodité.

Le président: Je vous remercie, monsieur Henderson. Je prie maintenant le sénateur Nurgitz de commencer à poser des questions.

Le sénateur Nurgitz: J'avais l'intention de soulever une question que j'ai négligé de soulever devant l'Association des banquiers canadiens lorsqu'elle a comparu devant le Comité. Lorsque j'ai parcouru les articles concernant les transactions commerciales, la documentation et les dossiers commerciaux, j'ai été certes un peu étonné de constater que nous mettons à jour la Loi fédérale sur la preuve probablement tous les cinquante ans. Maintenant que nous entrons dans l'ère de la technologie informatique, n'avez-vous pas l'impression que nous n'avons pas tenu compte de cette réalité? Je vous sais gré des commentaires que vous avez faits sur les détails, mais je voudrais aborder de façon plus générale l'ensemble du projet de loi. Nous disposons de procédés tels que le virement électronique des fonds. Vous parlez d'une plus faible quantité de papier. Nous n'aurons presque plus de papier, mais les transactions bancaires seront efficaces. Une personne pourra se rendre de l'autre côté de la rue et présenter une carte; les chèques disparaîtront; lorsque j'achèterai quelque chose, mon argent sera puisé dans mon compte et porté à celui du magasin. Je me demande seulement si des personnes comme vous n'attirez pas suffisamment notre attention sur toute cette notion selon laquelle nous ne faisons pas face à la situation. Je ne suis pas certain que nous soyons déjà rendus aux années 60, encore moins aux années 80.

M. Henderson: A mon avis, votre exemple est très bien choisi. Si nous essayons de prédire l'avenir sur le plan de la technologie, je ne suis pas du tout convaincu que le projet de loi en a tenu compte. Pour nous, il s'agit certes d'une question qui nous intéresse au plus haut point. Nous l'avons effectivement abordée dans notre mémoire, pas dans des détails, mais en surface, aux pages 2 à 4. Certes, si vous désirez que nous traitions de ce point de façon plus détaillée, nous pourrions y songer, parce que nous parlons ici des possibilités de l'avenir. Il en sera peut-être bien tenu compte dans certains articles en

[Text]

consideration with some specific clauses. Mr. Dingle will probably have more to add on that.

Mr. Dingle: Senator Nurgitz, I can certainly compliment you on your choice of a basic hypothesis, namely that paper is disappearing. If I were to throw my mind forward only ten years, I would certainly suggest that our Canada Evidence Act should cover, at least hypothetically, a world in which paper—in a certain context—will disappear completely. My reading of certain clauses of the bill suggests that that is the problem with which we are grappling.

I can give you one piece of contemporary evidence on the speed with which this process is going. I have in front of me a press release from a major financial institution in Canada dated last week, June 9, announcing an experiment in which 1,400 householders in Regina will be able to conduct their financial affairs with financial institutions through a home terminal that will involve no paper at all, so it is very current.

Mr. Henderson: May I say that we are concerned, and we expressed that concern in our brief, at page 8, where we said:

We submit that Bill S-33 does not completely take into account the current and the likely future advances in technology, does not take into account the need for an efficient method by which records of Canadians' financial transactions should be admitted into the courts, and essentially seeks to apply the rules applicable to "hard copy" original records, and copies of them, to a technology which has passed them by.

It is a concern of ours, and if the committee would like us to address ourselves more specifically to that problem, we will take the opportunity of submitting to you some additional written material.

Senator Nurgitz: That would be helpful. When we wander through the shopping centres on a Saturday and see people using the Green Machine and the other coloured machines installed by banks, surely those people are just punching up numbers, with codes, and so on. Again, there is no paper to record the withdrawal of funds. I am somewhat concerned because the last revision of the Canada Evidence Act probably occurred before I was born and the next revision may not take place until long after I have gone. I regret that I did not mention this matter when representatives of the Canadian Bankers' Association were before us. We could possibly get some input from you people in terms of the whole problem. One would think that something could be more directly contemplated in the legislation. In that connection, anything that you submit will be helpful.

Le sénateur Deschatelets: Est-ce que vous êtes au courant du mémoire qui nous a été présenté hier par l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau, ainsi que du mémoire qui nous a été présenté il y a quelque temps par

[Traduction]

particulier. M. Dingle en aura probablement plus long à ajouter à ce sujet.

M. Dingle: Sénateur Nurgitz, je puis certes vous féliciter de votre choix d'une hypothèse de base, celle voulant que le papier disparaisse de plus en plus. Si je devais prédire ce qui se passera dans seulement dix ans, je suggérerais certainement que notre Loi fédérale sur la preuve tienne compte, du moins hypothétiquement, d'un monde où le papier—dans un certain contexte—disparaîtra complètement. Si j'en juge par certains articles du projet de loi que j'ai lus, c'est le problème que nous affrontons résolument.

Je puis vous raconter un fait qui montre la rapidité avec laquelle ce processus s'opère. J'ai devant moi un communiqué de presse d'une importante institution financière du Canada, daté de la semaine dernière, plus précisément du 9 juin, dans lequel on annonce que 1,400 ménages de Regina participent à une expérience au cours de laquelle ils pourront effectuer leurs transactions financières auprès des institutions financières au moyen d'un terminal installé à domicile qui ne comportera aucun papier; vous voyez que cette technique est déjà à notre porte.

M. Henderson: Permettez-moi de dire que cette question nous préoccupe et que nous en avons glissé un mot à la page 8 de notre mémoire:

Nous croyons que le projet de loi S-33 ne tient pas tout à fait compte des progrès actuels et à venir de la technologie, ni de la nécessité de concevoir une méthode efficace selon laquelle les documents des transactions financières des Canadiens peuvent être mis en preuve devant les tribunaux; il vise essentiellement à appliquer les règles régissant les documents originaux «en clair», et leurs copies, à une technologie qui les a dépassés.

Cette question nous préoccupe, et si les membres du Comité veulent que nous examinions de plus près ce problème, nous profiterons de l'occasion pour leur soumettre un autre mémoire.

Le sénateur Nurgitz: Ce serait utile. Lorsque nous nous promenons dans les centres d'achat le samedi, nous y voyons des personnes utiliser la machine verte ainsi que les dispositifs de couleur qu'y ont installés les banques; il n'y a pas de doute que ces personnes ne font qu'enfoncer les touches, composer un code et ainsi de suite. Une fois de plus, il n'y aucune preuve sur papier du retrait de fonds. Cela m'inquiète un peu étant donné que la dernière révision de la Loi fédérale sur la preuve a probablement eu lieu avant ma naissance et que la prochaine n'aura peut-être lieu que bien après que j'aurai quitté cette terre. Je regrette de ne pas avoir soulevé cette question lors de la comparution des représentants de l'Association des banquiers canadiens. Vous pourriez probablement nous renseigner à ce sujet. On pouvait penser que le projet de loi prévoirait des moyens plus directs. A cet égard, tout ce que vous pourriez présenter nous serait utile.

Senator Deschatelets: Are you familiar with the briefs presented to us by the Canadian Business Equipment Manufacturers' Association and, some time ago, the Bankers' Association? Those briefs expressed somewhat the same disquiet

[Text]

L'Association des banques? Ces mémoires expriment à peu près la même inquiétude que vous avez, parce que je crois que le point qui a été soulevé par le sénateur Nurgitz est excellent. En ce qui me concerne, je pense que nous sommes entrés de pleins pieds dans l'ère électronique. Cela va affecter notre comportement et on va devoir, évidemment, s'ajuster à ces développements, qui n'étaient pas prévus il y a à peu près 10 ans. Cela va aussi forcer les législateurs de voir à ajuster la législation qui va répondre à ces nouveaux besoins parce que, et je le répète, les juges ne font pas la loi, ce sont les parlementaires qui font la loi,—les juges interprètent la loi. Alors, c'est dans ce sens-là que nous avons entendu plusieurs mémoires, et je suis d'accord avec le sénateur Nurgitz, que le projet de loi tel que présenté ne répond pas exactement aux besoins que vous avez exprimés. Donc, hier après-midi, nous avons eu l'Association canadienne des fabricants d'équipement de bureau qui a soumis un projet d'amendement à la section 130 c) et ce projet se lit comme suit en français:

relativement à des données informatisées, tout document intelligible parvenant de l'appareil où elles sont emmagasinées...

Je comprends que vous n'avez peut-être pas eu la chance d'examiner cet amendement, mais à première vue, est-ce que cela répondrait un peu à votre inquiétude?

Mr. Henderson: Senator, I believe I can answer your question by saying that I believe their proposal does not differ essentially from what we are suggesting. If I understand their proposal correctly, it would be met by the words:

in relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output...

I believe that by eliminating the balance of that subclause, one would have their definition. I would have to examine their definition in more detail, but, as I heard it, it sounded as though it were exactly what we are proposing in respect of clause 130(c).

Senator Deschatelets: Instead of the word "intelligible", which I do not like, do you think that the word "probing" might be more suitable?

Mr. Henderson: Not being a computer man, I would not like to suggest a substitute word for the word "intelligible". I would prefer to obtain expert advice on how one would describe that which is an "output". I would prefer to give some thought to whether there is a more suitable word or phrase that would be more in keeping with a layman's understanding of the language. May I take that question under advisement?

Senator Deschatelets: Yes. J'aimerais maintenant arriver à un cas bien concret, et avant de poser la question je veux signaler le fait, par exemple, que je suis un client, rien d'autre, de la carte American Express. On sait qu'il arrive des erreurs de service et dans un cas qui me concerne, il y avait une erreur. Je me suis rendu au bureau de l'American Express et leur ai fait part de cette erreur, et ils ont dit: «On va vérifier cela tout de suite». Ils se sont donc servi de l'ordinateur et devant moi est apparu une liste de transactions et d'achats, etc. où on a pu vérifier et corriger cette erreur immédiatement. Ceci m'amène à la question suivante: Disons qu'il y a une réclamation devant

[Traduction]

that you feel, because I believe that the point raised by Senator Nurgitz is an excellent one. As far as I'm concerned, I think we've stepped right into the electronic age. This is going to affect our behaviour and obviously we're going to have to adapt to these developments, which weren't foreseen some ten years ago. It's also going to oblige our legislators to adapt the legislation that's going to meet these new needs, because I want to reiterate that judges don't make the law, it's parliamentarians who make the law—judges interpret the law. So it's in that perspective that we've heard a number of submissions, and I agree with Senator Nurgitz that the Bill as it stands does not meet the needs you've expressed. Yesterday afternoon we heard the Canadian Business Equipment Manufacturers' Association, who submitted a proposed amendment to clause 130(c), and their proposal read as follows in English:

In relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output of such data or information...

I realize you probably haven't had an opportunity to study this amendment, but at first glance, does it address your concerns?

M. Henderson: Sénateur, je crois que je peux répondre à votre question en disant que leur proposition ressemble beaucoup à la nôtre. Si je saisis correctement leur pensée, leur proposition correspondrait à ce qui suit:

Relativement à des données informatisées, tout document intelligible provenant de l'appareil...

Je crois que si nous laissons tomber le reste de cet alinéa, nous aurions leur définition. Il nous faudrait l'examiner de plus près, mais, après l'avoir entendue, j'ai l'impression qu'elle correspond tout à fait à ce que nous proposons à l'égard de l'alinéa 130c)

Le sénateur Deschatelets: Au lieu de l'adjectif «intelligible» que je n'aime pas, ne croyez-vous pas que l'adjectif «probat» serait plus approprié?

M. Henderson: N'étant pas spécialiste de l'informatique, je suis mal placé pour proposer un autre adjectif qui remplacerait «intelligible». Je préférerais consulter un spécialiste afin d'obtenir une définition exacte du mot «document». Je préférerais me demander s'il existe un mot ou une expression plus appropriés que le profane aurait moins de mal à comprendre. Me permettez-vous de consulter un spécialiste à ce sujet?

Le sénateur Deschatelets: Oui, I would like now to take a very concrete case, and before putting my question I want to explain that I'm a client, nothing more, of the American Express card. Everybody knows there are sometimes errors in the service, and in a case that concerned me, there was an error. I went to the American Express office and told them about it and they said, "We'll check that one out right away." So they ran it through the computer and produced for me then and there a list of transactions and purchases and so forth, and on it you could check and correct each error immediately. And this leads me to my question: let's say there's a case brought

[Text]

la cour, qui serait de la part d'une banque. Il y a un document qui provient de la banque avec un affidavit d'un administrateur de la banque, document qui est produit à la cour. Je veux savoir si ce document va simplement me dire: «Vous, sénateur Deschatelets, vous devez à la banque \$50,600...»

Le sénateur Asselin: Seulement que ça?

Le sénateur Deschatelets: ... ou bien, est-ce que je vais avoir, comme défendeur, résultant du document qui sort de l'ordinateur—est-ce que je vais avoir des détails qui vont permettre de me défendre? C'est ce que je voudrais savoir, car, ça n'a pas encore été demandé. Si l'ordinateur dit: «Vous devez tant», cela ne me dit rien. Je voudrais savoir, et ceci m'intéresse beaucoup, si l'ordinateur va nous donner les détails des transactions.

Mr. Henderson: Senator, I suppose that in those circumstances the document that is received may well be incomplete. Your concern is whether the document is complete, and I would expect that in the example you gave, you would be able to testify that you did not undertake transactions which bore any relation to \$50,000. There is reason to doubt the validity of that record because it is either incomplete or inaccurate, having regard to your testimony. It may be that the court would hear your evidence in that way or that the court could, after hearing your evidence, reach the conclusion that the document is either incomplete or inaccurate and has very little weight and even no weight. But whether your evidence is sufficient is a matter that the court must determine case by case. Under your view, you have given a rational basis for the court to order the details of the record to be given, if it is not complete, and for asking that a further certificate be given or that an officer be there for cross-examination. However, the judge does this, not as a matter of course if our submission is accepted, but only after you have given some rational basis to believe that you do not owe \$50,000. In my case I would merely say that I have never had that kind of a debt in my life because I would never buy that kind of thing. That is a good reason for not owing that \$50,000 and you have given the court a rational basis to either require cross-examination or a more complete certificate. But I see no problem in that case in meeting the burden of giving the court a reason for an officer to be present. However, it depends on your evidence.

The contrary of that situation is that if the certificate does show that you owe an amount of money that is reasonable, it will be accepted. Then you would have no basis for challenging the record, none whatever and it would be unnecessary for an officer of the institution to be called.

Senator Deschatelets: I am not entirely satisfied with your answer and I will tell you why. One of the effects of the computer and of this electronic era is that the original disappears. Do you not think that as a defendant in a case the least that I can ask of you as the plaintiff is a list of the transactions which justify your claim?

[Traduction]

before the courts by a bank. There's a document from the bank with an affidavit from an official of the bank, a document that is produced in court. I want to know if that document is going to tell me simply, "Senator Deschatelets, you owe the bank \$50,600—"

Senator Asselin: That's all?

Senator Deschatelets: ... or if as the defendant I'm going to have, as a result of the document that came off the computer—am I going to have details that will allow me to defend myself? That's what I would like to know, because no one has asked this before. If the computer says, "You owe me such-and-such an amount", that doesn't tell me a thing. What I want to know is, and this interests me a lot, whether the computer is going to give us details of our transactions.

M. Henderson: Sénateur, je suppose que, dans ces circonstances, le document reçu peut très bien être incomplet. Vous vous demandez si le document est complet et je m'attendrais, dans l'exemple que vous donnez, que vous soyez en mesure de déclarer sous serment que vous ne vous êtes pas engagé dans des opérations pouvant de quelque façon se chiffrer à \$50,000. Compte tenu de votre témoignage, il y a tout lieu de douter de la validité de ce document étant donné qu'il est ou incomplet ou inexact. Le tribunal entendrait peut-être votre témoignage de cette façon ou, après vous avoir entendu, en viendrait peut-être à la conclusion que le document est soit incomplet soit inexact, et a très peu de poids sinon aucun. Quant à savoir si le témoignage est suffisant, voilà une question que le tribunal devra résoudre cas par cas. A votre avis, vous avez donné suffisamment de renseignements au tribunal pour qu'il ordonne le dépôt du contenu du document, si celui-ci n'est pas complet, et pour qu'il demande la délivrance d'une nouvelle attestation ou le contre-interrogatoire d'un représentant de l'établissement. Toutefois, le juge procède ainsi, non pas si votre témoignage est accepté, mais seulement après que vous lui avez donné toutes les raisons de croire que vous ne devez pas \$50,000. Quant à moi, je dirais simplement que je n'ai jamais, au grand jamais, contracté une dette de ce genre parce que je n'achèterais jamais de telles choses. C'est une bonne raison pour ne pas devoir \$50,000, et vous avez donné au tribunal une raison de demander le contre-interrogatoire ou une attestation plus complète. Mais je ne vois pas pourquoi dans ce cas vous ne donneriez pas une raison au tribunal d'exiger la comparution d'un représentant de l'établissement. Cela dépend toutefois, de votre témoignage.

Dans le cas contraire, si l'attestation indique que vous devez une somme raisonnable, celle-ci sera acceptée. Vous n'auriez alors pas le moindre fondement pour mettre en doute le document, et il serait inutile qu'un représentant de l'établissement soit appelé à témoigner.

Le sénateur Deschatelets: Je ne suis pas tout à fait satisfait de votre réponse et je vais vous dire pourquoi. Un des problèmes avec les ordinateurs et l'ère de l'électronique, c'est que l'original disparaît. Ne croyez-vous pas que à titre de défendeur dans une affaire, le moins que je puisse vous demander en tant que demandeur, c'est une liste des opérations justifiant votre réclamation?

[Text]

Mr. Henderson: I have no quarrel with that proposition at all. I am dealing with a different situation. I think that you and I are talking at cross purpose. You are dealing with a case where you are suing the financial institution or the financial institution is suing you.

Senator Deschatelets: Yes.

Mr. Henderson: You are, therefore, a necessary party and the financial institution is a necessary party.

Senator Deschatelets: But I might owe just part of your claim.

Mr. Henderson: I have no quarrel with your getting the full details and I think every court would give you the full details. However, that is not the matter I am addressing. In your case the information would be available to you as a matter of course in the trial. I have no concern but that a court would give you that information, even at the discovery stage which is before the trial.

Senator Deschatelets: Because you have the information in detail.

Mr. Henderson: That is right. I am dealing with the millions of transactions where we—"we" being the bank or other financial institution—have no concern with the matter. We are merely there to assist the court as in the McMullen case and as in the Bruce case. We have no concern with the dispute and are a stranger to it. It is in those circumstances that I am discussing the matter of filing the record and somebody giving an explanation. In the case where we are party to the law suit, then I have no quarrel with the information being made available in the normal course of the trial, as it normally would be available.

Le sénateur Asselin: A la suite des questions qui ont été posées par mon collègue, le sénateur Deschatelets, —il est évident qu'à la lumière des progrès scientifiques que fait l'électronique, comme le disait le sénateur Deschatelets, il faut ajuster nos législations pour rencontrer les besoins modernes qui existent et qui vont aussi continuer à augmenter de plus en plus.

Lorsque l'Association des banquiers canadiens ainsi que vous-même, vous nous soumettez que vos institutions bancaires devraient présenter des preuves que je dirais plus automatiques et plus faciles, moi, comme avocat pratiquant, je me pose toujours la question suivante: Est-ce que vous voudriez que la présomption de preuve que vous voulez établir demeure une présomption *juris et de jure*? Le défendeur aurait de la difficulté à trouver le ratio, afin d'établir sa défense, parce que, comme on le disait tout à l'heure à l'égard des documents informatisés, l'original disparaît. On n'a de moins en moins de preuve écrite sauf ce que vous révèle l'ordinateur. Dans ces cas-là, si quelqu'un veut contester votre réclamation, il le fait de la façon dont vous voudriez qu'elle soit faite, avec l'ordinateur, en présentant le certificat d'un administrateur de banque. Comment le défendeur pourrait-il repousser votre présomption de preuve s'il n'est pas capable de consulter chez-vous, à votre banque, des documents qui n'existent pas, qui auraient dû être confiés à l'ordinateur, que vous aurez peut-être, à bon droit,

[Traduction]

M. Henderson: Je ne trouve rien à redire à cette proposition. Je parle d'une autre situation. Je crois que notre conversation tourne autour d'un quiproquo. Vous parlez d'un cas où vous poursuivez l'établissement financier ou vice versa.

Le sénateur Deschatelets: Oui.

M. Henderson: Vous êtes, par conséquent, des parties essentielles, vous et l'établissement financier.

Le sénateur Deschatelets: Mais il se peut que je ne vous doive qu'une partie de ce que vous réclamez.

M. Henderson: Je ne m'insurge pas contre l'idée que vous obteniez tous les détails et je crois que tous les tribunaux vous les fourniraient. Toutefois, ce n'est pas la question à laquelle je tente de répondre. Dans votre cas, les renseignements vous seraient automatiquement fournis au cours du procès. Je suis tout à fait convaincu qu'un tribunal vous donnerait ces renseignements, même au moment de la divulgation des documents précédant le procès.

Le sénateur Deschatelets: Parce que vous possédez tous les renseignements.

M. Henderson: C'est exact. Je veux parler des millions d'opérations avec lesquelles nous—j'entends par là la banque ou tout autre établissement financier—n'avons rien à voir. Nous sommes là tout simplement pour aider le tribunal comme dans les affaires McMullen et Bruce. Nous n'avons rien à voir avec l'affaire. C'est dans ces circonstances que je mets en question l'idée de déposer le document et de demander à quelqu'un de venir donner des explications. Lorsque nous sommes en cause, je ne m'oppose absolument pas à ce que les renseignements soit fournis automatiquement au procès, étant donné qu'ils seraient normalement disponibles.

Senator Asselin: From the questions that have been asked by my colleague, Senator Deschatelets, it is obvious that in the light of the scientific strides being made by electronics we must adapt our legislation, as the Honourable Senator has said, to meet today's needs, which will be increasing more and more.

When the Canadian Bankers' Association and yourselves submit that your banking institutions would have to present evidence that I would call more automatic and easier, I as a practising lawyer always ask myself the following question: do you wish the burden of proof that you hope to establish to remain a presumption *juris et de jure*? The defendant would have difficulty finding a basis on which to establish his defence, because as was mentioned just now regarding computerised documents, the original disappears. Less and less frequently do we have written evidence in addition to what comes out of the computer. In such cases, if someone wants to contest your claim, he does it the way you want it done, with the computer, by presenting a certificate from a bank official. How can the defendant rebut your presumption if he cannot consult, at your bank, documents that don't exist, which should have been entered in the computer, which you have perhaps, quite legitimately, put aside or made to disappear,

[Text]

mis de côté ou fait disparaître, parce que cela a été confié à l'ordinateur afin que celui-ci vous donne des réponses?

Comment allons-nous pouvoir, nous, avocats qui défendraient une cause contre une institution financière, ayant une justification de contester votre réclamation, comment pourrions-nous aller à la banque, avec la permission du juge, si celui-ci croit que c'est raisonnable, et ainsi consulter des documents qui n'existent pas?

Mr. Henderson: There is a practical problem in consulting documents that do not exist. We have to accept that as a fact of life. However, section 157 of the Bank Act creates a duty on the part of a bank to maintain its records accurately under penal sanction and that section goes a long way in assuring the public and assuring you that the record will be kept accurate. In other words, the bank is subject to a sanction if it does not operate the computer in accordance with the proper state of the art. That is in itself a protection because there is a penal sanction. What we are trying to do in what I would call the real world is produce the best material possible.

Senator Asselin: The best evidence.

Mr. Henderson: It isn't the best evidence because the best evidence, as you pointed out, is gone, but that is a fact of life. As long as we are moving into the technological age and accepting that the computer is a fact of life with which we must live, then I suggest that this sanction in the Bank Act goes a long way to ensuring that the output is a true reflection of the input. I would not expect that there would be very many cases where there is a deliberate change from the input to the output. I would think that such a happening would be most unlikely in light of the sanction, and I see no incentive for anybody to do such a thing. The problem that you then raise—and it is a separate problem—is, how do you challenge the accuracy?

Senator Asselin: That is an important problem.

Mr. Henderson: Let me suggest to you that your evidence is every bit as good as the evidence to the contrary. If your evidence is impelling to the trial judge that that record is not correct, that trial judge then, accepting your evidence as giving him a rational basis for the challenging of the information against you, may order more complete information from the bank, failing which he may accept your evidence as against the record of the bank. Your testimony will always be weighed. Nothing we have said goes to weight. Everything we have said deals with getting la preuve in front of the court, in other words, its admissibility.

Le sénateur Asselin: Le problème que nous avons, M. Henderson, est le suivant: C'est qu'en vertu de l'ancienne Loi de la preuve, un témoin ne peut pas détruire oralement, par son témoignage, un document valablement fait. C'est un article de la Loi de la preuve qui existe. Un témoin ne peut pas dire: «Ce document est un document authentique et signé, mais Moi, je dis qu'il n'est pas bon». On ne peut pas, par un

[Traduction]

because it was all entered in the computer so that it would give you answers?

How will we be able, we lawyers, who are defending a case against a financial institution, with reasons to contest your claim, how will we be able to go out to the bank, with the judge's permission, if the judge thinks it's reasonable, and consult documents that don't exist?

M. Henderson: La consultation de documents qui n'existent pas pose un problème pratique. Il nous faut accepter cela comme une réalité. L'article 157 de la Loi sur les banques oblige toutefois cet établissement à tenir ses livres avec précision sous peine de sanction pénale; l'article assure dans une grande mesure au public et à vous-même que les dossiers seront tenus avec précision. Autrement dit, la banque est passible d'une sanction si elle n'utilise pas l'ordinateur comme il se doit. Cette peine est en soi une protection. Ce que nous essayons de faire dans ce que j'appellerais le monde réel, c'est de produire le meilleur matériel possible.

Le sénateur Asselin: La meilleure preuve.

M. Henderson: Il ne s'agit pas de la meilleure preuve parce que celle-ci, comme vous l'avez dit, a disparu, mais c'est une réalité de la vie. Du moment que nous avançons dans cette ère technologique et acceptons que l'ordinateur fait partie de notre vie et que nous devons en prendre notre parti, j'estime que cette peine prévue dans la Loi sur les banques devrait bien assurer que le document reflète fidèlement l'opération. Je ne m'attends pas qu'il y ait énormément de cas où un changement aurait été délibérément apporté au document provenant de l'appareil. Je pense que cela est très improbable étant donné la peine prévue, et je ne vois aucun avantage pour quiconque d'agir ainsi. Le problème que vous soulevez ensuite—et il s'agit d'un problème distinct—c'est de savoir quelle façon contester l'exactitude?

Le sénateur Asselin: C'est un problème important.

M. Henderson: Permettez-moi de vous dire que votre témoignage est tout aussi bon que n'importe quel témoignage dans le sens contraire. Si vous parvenez grâce à votre témoignage, à convaincre le juge que ce document est inexact, le juge, en acceptant votre témoignage comme un élément lui permettant de contester les renseignements qui ont été déposés contre vous, peut ordonner à la banque de lui fournir des renseignements plus complets, à défaut de quoi il peut accepter votre témoignage comme ne corroborant pas les documents fournis par la banque. Le juge pèsera toujours le pour et le contre de votre témoignage. Rien de ce que nous avons dit ne concerne le poids de la preuve; tout ce que nous avons dit concerne la présentation du document au tribunal, autrement dit, son admissibilité.

Senator Asselin: Our problem, Mr. Henderson, is the following: under the provisions of the old Evidence Act, a witness can not invalidate orally, by his testimony, a document that has been validly made. That's a section of the existing Evidence Act. A witness may not say, "This document is an authentic signed document but I say it's no good." Oral testimony cannot disprove the authenticity of a validly made

[Text]

témoignage verbal, détruire l'authenticité d'un document valablement fait. C'est là où existe cette preuve *juris et de jure*. Si vous présentez la preuve informatisée devant le tribunal et qu'elle doit être acceptée à moins que l'on puisse prouver que l'on a raison de ne pas l'accepter, il faut que le défendeur puisse avoir des pièces pour pouvoir préparer sa défense, s'il a raison de dire qu'il ne doit pas ce montant-là.

Le seul fait de dire: «je ne dois pas le montant», n'est pas acceptable par le tribunal. Il va falloir que le tribunal dise: «Bien prouvez-le moi.» Si l'on veut le prouvé il faut l'apporter à l'encontre de la preuve écrite afin de contester le contenu du document.

C'est la difficulté que j'ai à accepter vos recommandations, lorsque je me place devant un fait concret, devant une cause concrète.

Mr. Henderson: Senator Asselin, I understand what you say. Again may I suggest that you must distinguish between the case in which you and the bank are parties and the case where the bank is a stranger to the transaction.

Here we are talking about a case in which you are claiming against the bank or the bank is claiming against you, which is the type of case we went through a moment ago. In that set of circumstances the court, in the normal course, will give you full information, the best information available. Your protection in your case, therefore, will be there in the normal course of that trial.

I do not see this bill as making any change in the course of conduct of a trial where the bank is a party. The burden of our submission is not in relation to that type of trial. What we are concerned with is the billions of transactions per year in which you, the individual, are not suing the bank and the bank is not suing you.

That is the burden of our submission. That is where we consider that in the balance of rights the position of the bank should be protected because the bank will be subject to the problems of security and the problems of inconvenience to assist the court and where, in our submission, it is unnecessary for the bank to be present.

That is the large number of transactions.

I would suggest to you that the test in circumstances where we are not a party should be the test of the circumstantial guarantee of trustworthiness. I take that from the Venner case, which is a passage from Wigmore.

If you are satisfied that the vast majority of these billions of transactions will be accurate and trustworthy—and I suggest to you that that is so—then there is no need to call the bank manager to have his security system analysed, to have the complete aspect of the computer subject to debate. There is no requirement for that.

I accept in the situation where the parties are the bank or financial institution and the individual that the court may well order that the bank give full information; but that is within the control of the trial judge. It is within the control of the court. The court, in discovery, would give you full information of the claim. If the bank cannot make its claim out, that is the bank's

[Traduction]

document. That's where you have evidence *juris et de jure*. If you present computerised evidence before the court and it has to be accepted unless one can prove that it should not be accepted, then the defendant must have the material to be able to prepare his defence, if he's right in saying he doesn't owe that particular amount.

Simply to say, "I don't owe that much" won't be accepted in court. The court has to say, "All right, prove it." If he wants to prove it he has to counter the written evidence in order to contest the content of the document.

That's the difficulty I have in accepting your recommendations when I picture myself in an actual situation, with an actual case.

M. Henderson: Sénateur Asselin, je comprends ce que vous dites, Mais permettez-moi une fois de plus de vous dire qu'il faut faire une distinction entre une affaire où vous et la banque êtes parties et une affaire où la banque n'a rien à voir avec la transaction.

Nous parlons ici d'un cas où vous réclamez quelque chose à la banque ou vice versa. Je viens tout juste d'en parler. Dans ce cas, le tribunal, dans des circonstances normales, fournira tous les renseignements, les meilleurs renseignements qui existent. Votre protection, par conséquent, se situe dans le cours normal de ce procès.

Ce projet de loi n'apporte selon moi aucun changement dans la conduite d'un procès où une banque constitue l'une des parties. Notre mémoire ne concerne pas ce genre de procès. Nous nous préoccupons des milliards d'opérations annuelles auxquelles vous, le particulier, ne poursuivez pas la banque ou vice versa.

C'est la substance de notre thèse. C'est là où nous considérons que, dans l'équilibre des droits, la position de la banque devrait être protégée étant donné que celle-ci sera aux prises avec des problèmes de sécurité et subira les inconvénients d'avoir à venir en aide au tribunal. A notre avis, il est inutile que la banque soit présente.

C'est le nombre important d'opérations.

J'estime que, lorsque nous ne sommes pas parties au procès, le critère devrait être celui de la garantie circonstancielle de la véracité. Je m'inspire de l'affaire Venner, citée dans Wigmore.

Si vous êtes convaincu que la plupart de ces milliards d'opérations seront précises et exactes—et elles le sont selon moi—il n'est pas alors nécessaire de convoquer le directeur de la banque afin de procéder à une analyse de son système de sécurité, de discuter en long et en large de tout l'aspect électronique. Cela n'est pas nécessaire.

Lorsque les parties sont la banque ou l'établissement financier et la personne, je trouve normal que le tribunal puisse ordonner à la banque de fournir des renseignements complets; mais c'est une décision qui incombe au juge du fond. Cela incombe au tribunal. Le tribunal, lors de la divulgation des documents, vous donnerait tous les détails concernant la récla-

[Text]

problem. If the bank cannot give the court sufficient information to rebut your evidence that the bank's records are wrong, then the bank is in trouble.

But that is an entirely different situation, and I would ask you not to have the tail wag the dog, because the billions of transactions are those we are concerned with, in which the bank is not involved in the litigation at all.

Senator Lewis: Madam Chairman, isn't the evidence we are concerned with here more in relation to criminal proceedings than to civil proceedings?

Mr. Henderson: I think not.

The Chairman: It could be both.

Senator Lewis: I realize it could be both, but under clause 4, and I believe we had this before, is this not restricted to matters within the federal jurisdiction?

Mr. Henderson: The provincial Evidence Acts will apply to trials between parties in the normal course, but there are many civil matters that will come before the provincial court as well the Federal Court where a civil trial will take place involving federal statutes.

Senator Lewis: It says that this act applies to every proceeding and stage of a proceeding within the jurisdiction of the Parliament of Canada.

The Chairman: Well, that is the Federal Court Act.

Mr. Henderson: Any federal statute which is the subject matter of a provincial lawsuit or a federal—

Senator Lewis: Well, just following from what you were saying, most of the cases you are talking about would involve parties other than the financial institutions.

Mr. Henderson: Exactly. That is true, because as you were pointing out, I think quite accurately, the action between the financial institution and the individual will be a provincial court matter not involving a federal statute.

Le sénateur Asselin: J'ai une autre question avant de laisser la parole à mes confrères; c'est la question du certificat. Dans votre mémoire, à la page 9, vous déclarez que:

Effectivement, l'une des caractéristiques les plus importantes de la conception même des systèmes informatiques dans les institutions financières est la «ségrégation des tâches», qui assure que personne n'a seul le contrôle du système.

Ceci, afin d'assurer plus de sécurité au système informatique. Vous dites que le certificat est signé par un administrateur de l'institution financière qui, suivant votre raisonnement, ne peut pas être le seul qui connaît le système informatique en vertu de la conception de la ségrégation des tâches, ceci afin d'assurer la sécurité. Comment ajouter foi à son affidavit, à sa déclaration, s'il n'est pas le seul?

[Traduction]

mation. Si la banque ne peut prouver sa réclamation, c'est son problème. Si la banque ne peut fournir au tribunal suffisamment de renseignements pour réfuter vos accusations concernant l'inexactitude des documents qu'elle a fournis, elle est en mauvaise posture.

Mais il s'agit d'une situation tout à fait différente, et je vous demande de faire appel à votre gros bon sens parce que ce qui nous intéresse, ce sont les milliards d'opérations dans lesquelles la banque n'a rien à voir en ce qui concerne le litige.

Le sénateur Lewis: Madame le président, la preuve dont nous parlons ici n'est-elle pas davantage présentée au criminel qu'au civil?

M. Henderson: Je ne crois pas.

Le président: Elle pourrait l'être dans les deux juridictions.

Le sénateur Lewis: Je me rends compte de cela, mais, aux termes de l'article 4—et je crois que nous en avons déjà parlé—cette loi ne s'applique-t-elle pas seulement aux questions de compétence fédérale?

M. Henderson: Les lois provinciales sur la preuve s'appliqueront aux procès entre les parties, mais de nombreuses affaires civiles seront jugées par des tribunaux provinciaux ainsi qu'à la cour fédérale lorsque, dans une poursuite au civil, des lois fédérales sont en cause.

Le sénateur Lewis: L'article stipule que cette loi s'applique aux procédures ou actes de procédure de compétence fédérale.

Le président: C'est qu'il s'agit de la Loi sur la Cour fédérale.

M. Henderson: Toute loi déferale qui est l'objet d'une poursuite provinciale ou...

Le sénateur Lewis: Pour faire tout simplement suite à ce que vous avez dit, la plupart des affaires dont vous parlez impliqueraient des parties autres que des établissements financiers.

M. Henderson: Exactement. C'est vrai, parce que, comme vous le faisiez remarquer de façon très juste à mon avis, l'action entre l'établissement financier et la personne sera de compétence provinciale et ne mettra pas en cause une loi fédérale.

Senator Asselin: I have another question before I turn the floor over to my colleagues, and it's about affidavits. On page 9 of your brief you state:

Indeed, one of the most important design features of computer systems in financial institutions is the "segregation of duties" concept—ensuring that no single individual has control of the system.

This is to ensure greater security in the computer system. You say that an affidavit would be signed by an administrator of the financial institution who, according to your logic, cannot be the only one familiar with the computer system because of the "segregation of duties" concept, in order to ensure security. How can his affidavit, his statement, be accepted, if he's not the only one?

[Text]

Mr. Henderson: Well, Senator Asselin, it may well be that more than one certificate would be required in a particular case, although, since we are dealing here with an exception to the hearsay rule, he would be giving evidence as to the accuracy of his system in the normal course of its operation. I would consider that he would be giving the certificate on the basis of his understanding of the general operation of the system. As far as he is concerned, that system is sufficiently accurate to be considered trustworthy, and I would think he would operate on that expectation and therefore the certificate would be given on that basis. If he had any reason to believe that the system was not operating properly, then he could not give the certificate. However, if he had every reason to believe that the operation was in accordance with the plan—and he was the senior man in charge—I would think he would give the certificate.

Senator Asselin: He has to be the senior officer?

Mr. Henderson: He would have to be a responsible officer who understood the nature of the record, yes.

Senator Deschatelets: In the event that the computer system is challenged, is it not a fact that one person cannot testify about the efficiency of the computer. I understand it takes more than one person.

Mr. Henderson: I understand that to be the case.

The Chairman: Just following up on that, I am a person who saves cancelled cheques and old cheque books for years and years, and occasionally it comes in handy. I am wondering how you would retrace your steps if you ever had to look up an old transaction today; the bank statement certainly does not tell you who the payee was or what the transaction involved. Are there going to be any paper trails, as it was described, or any way that one could go back into the system and prove to someone that a payment was, in fact, made on such and such a date? Is that type of information retrievable from the computer?

Mr. Henderson: As I understand it, you would get a print-out which would give you the information relating to each transaction. However, I will ask the bankers to speak on that one.

Mr. Dingle: I am not sure I can be labelled a banker in the commercial sense, even though I do work for the Bank of Canada. However, I would be glad to provide a slight technical elaboration on your point.

It is the standard procedure now that any cheque that passes through the national clearing and settlement system is, in fact, in its very processing, photocopied and an image of it is retained for many years, so that each individual item can, in fact, be traced under reasonably functioning systems.

Senator Bosa: That is even better than it used to be.

Senator Lewis: The bank, then, keeps a record of the cheque although it does not keep the cheque itself.

[Traduction]

M. Henderson: Eh bien! sénateur Asselin, il peut arriver que plus d'un certificat soit exigé dans un cas particulier, bien que, puisque nous traitons ici d'une exception à la règle du oui-dire, il témoignerait relativement à la précision de son système dans le cours normal de son fonctionnement. Je considère qu'il donnerait le certificat en se fondant sur sa compréhension du fonctionnement général du système. En ce qui le concerne, ce système est suffisamment précis pour être considéré fiable et j'ai l'impression qu'il répondrait à nos attentes et que le certificat serait délivré sur cette base. S'il avait quelque raison de croire que le système ne fonctionnait pas bien, il pourrait ne pas donner le certificat. S'il avait toutefois toutes les raisons de croire que le système répond aux attentes—et s'il était le grand responsable du système—je pense que le juge donnerait le certificat.

Le sénateur Asselin: Il faut que ce soit la personne qui est chargée du système?

M. Henderson: Il faudrait que ce soit une personne responsable qui connaissait la nature du document, oui.

Le sénateur Deschatelets: Lorsque c'est l'efficacité du système informatisé qui est contestée, n'est-il pas vrai que le témoignage d'une seule personne ne suffit pas. Si j'ai bien compris, il faut plus d'un témoignage.

M. Henderson: Je crois que c'est bien le cas.

Le président: Pour continuer sur le même sujet, je suis de ces personnes qui conservent pendant des années les chèques oblitérés et les anciens chéquiers. Il arrive parfois que ce soit utile. Je me demande comment vous vous y prendriez aujourd'hui pour revenir en arrière si vous vouliez chercher une ancienne opération; le relevé fourni par la banque ne vous dit certainement pas qui était le bénéficiaire ni de quelle opération il s'agissait. Y aura-t-il quelque analyse rétrospective sur papier, comme on l'a décrite, quelque moyen permettant de récupérer dans le système des données prouvant qu'un paiement a été effectué à telle ou telle date? Peut-on récupérer des renseignements de ce genre dans un ordinateur?

M. Henderson: Je crois que vous obtiendriez un état mécanographié vous renseignant sur toutes les opérations. Toutefois, je vais demander aux banquiers de répondre à cette question.

M. Dingle: Je ne suis pas certain d'être un banquier dans le sens commercial du terme même si je travaille pour la Banque du Canada. Je serai néanmoins heureux de donner quelques explications techniques à ce sujet.

Il est d'usage à l'heure actuelle que tout chèque qui passe par le système national de compensation et de paiement soit photocopié au cours de son traitement et que son image soit conservée pendant de nombreuses années afin qu'on puisse mettre la main dessus à condition que le système fonctionne raisonnablement bien.

Le sénateur Bosa: C'est encore mieux qu'autrefois.

Le sénateur Lewis: La banque inscrit alors le montant du chèque dans un relevé, mais elle ne conserve pas le chèque.

[Text]

The Chairman: I did not realize that. As you say, Senator Bosa, that is an improvement.

Senator Bosa: Is there a statute of limitations as to how long the records are kept so that they can be produced?

Mr. Dingle: Ten years.

Mr. Henderson: I understand that, under the Bank Act, they must be retained for ten years.

Senator Bosa: It seems to me, Madam Chairman, that a great deal of concern was expressed here over the security of the system. In the event that inquiries were made as to the system and how it operates, could the Canadian Payments Association plead before a judge that to answer the inquiries would reveal secret information which it would be detrimental to the public interest to disclose and, although you might be willing to disclose these secrets to the judge himself, you would not be willing to do so in open court. Could this be a device for preventing people from becoming acquainted with the security of the system?

Mr. Henderson: That is a possibility, and certainly it is contemplated in what I said to you that, in some circumstances, if there is the preliminary showing on the part of someone that there is a need to examine that system, then certainly the trial judge could hold it in camera if he chose. However, the burden of my submission is that there should be an initial showing by the party who wants to examine that entire system that that type of exercise is warranted in the circumstances.

Senator Bosa: Senator Asselin put this question but I do not know whether his question went far enough in connection with the evidence being accompanied by a certificate. Who would be the signatory to that certificate? Would it be the accountant at the branch office? Would it be a senior officer in the regional office where the computers are kept?

Mr. Henderson: Ordinarily, it would be the person who receives the records, or the information from the system at the branch or other office involved.

Senator Bosa: But as Senator Asselin pointed out, that person would only have limited knowledge. He would not have a complete picture of what was happening. In the event that the court decided that this point should be clarified, would that officer be in a position to give his assurance to the court that that evidence was accurate, since he has only a partial view?

Mr. Henderson: Individually, probably not. He would be operating on the premise that his system in his bank is a proper, operating system to record the transactions accurately. However, I would think you would need a computer expert to give you technical evidence on the manner in which the computer operates, so I would expect there would have to be a team to give you that information.

Senator Lewis: My question may not deal directly with the question of evidence, but it does have a definite bearing on this subject. Presumably, most of your members have internal audits and external audits. What do the auditors do? They cannot check the vouchers like they used to do in the old days.

[Traduction]

Le président: Je n'en savais rien. Comme vous le dites, sénateur Bosa, c'est une amélioration.

Le sénateur Bosa: A-t-on prévu une limite quant au nombre d'années pendant lesquelles les dossiers seront conservés au cas où il faudrait les présenter en preuve?

M. Dingle: Dix ans.

M. Henderson: En vertu de la Loi sur les banques, je crois qu'ils doivent être conservés pendant dix ans.

Le sénateur Bosa: Il me semble, madame le président, qu'on s'est beaucoup inquiété de la sécurité du système. Si, par exemple, des renseignements étaient demandés sur le système et son fonctionnement, l'Association canadienne des paiements pourrait-elle alléguer devant le juge que, si elle répondait aux demandes, elle révélerait des renseignements secrets qu'il vaudrait mieux ne pas divulguer dans l'intérêt du public et, bien qu'elle accepte de les révéler au juge lui-même, elle n'accepterait pas de la faire au cours d'une audience publique. Pourrait-on de cette façon empêcher les gens de se renseigner sur la sécurité du système?

M. Henderson: C'est une possibilité qu'on envisage assurément. Rappelez-vous que je vous ai dit que, dans certaines circonstances, s'il est établi au préalable par quelqu'un qu'il faut analyser ce système, il se pourrait naturellement que le juge du fond tienne l'audience à huis clos. Toutefois, je crois que la partie qui veut examiner tout le système devrait démontrer que ce genre d'exercice s'impose, compte tenu des circonstances.

Le sénateur Bosa: Le sénateur Asselin a déjà posé cette question, mais je ne sais pas si elle englobe les preuves qui accompagnent le certificat. Qui serait le signataire de ce certificat? Est-ce que ce serait le comptable de la succursale? Un des cadres supérieurs du bureau régional où se trouvent les ordinateurs?

M. Henderson: Habituellement, c'est la personne qui reçoit les dossiers ou les renseignements fournis par ordinateur, que ce soit à la succursale ou dans un autre bureau.

Le sénateur Bosa: Comme le sénateur Asselin l'a dit, cette personne ne serait pas pleinement renseignée. Elle ne serait pas totalement au courant de la situation. Si le tribunal décidait que ce point devait être clarifié, cette personne serait-elle en mesure de rassurer le tribunal sur l'exactitude de cette preuve, même si elle ne connaît pas toute la situation?

M. Henderson: Je ne le crois pas. Elle partirait du principe que l'ordinateur de la banque est un système efficace qui enregistre les transactions de façon précise. Toutefois, je crois qu'un spécialiste des ordinateurs serait mieux placé pour vous expliquer le fonctionnement technique de l'ordinateur; je crois donc qu'il devrait y avoir une équipe pour vous donner ces renseignements.

Le sénateur Lewis: Ma question ne porte pas directement sur la question de la preuve, bien qu'elle soit reliée au sujet. Je présume que la plupart de vos membres effectuent des vérifications internes et externes. Que font les vérificateurs? Ils ne peuvent pas vérifier les récépissés comme ils le faisaient par le

[Text]

I remember as a youngster earning two cents and five cents for checking all the little vouchers and sales slips of my family's business, but today that is not done. Do the auditors accept the information from the computers or do they have access to the codes which given them input to the computer?

Mr. Dingle: Senator Lewis, I can do two things for you. I can describe very briefly what is one of the major principles of the task which is now called computer auditing. Secondly, I can refer you to a speech which was made on the topic by one of the senior computer auditors of this country.

With respect to the principle that is followed in the area of computer auditing, one of the initial functions that that person fulfills, as he or she moves into the organization to verify the accuracy of the computer-produced records, is to examine exactly what we were discussing today, namely, this concept of the separation of functions within the organization, to satisfy themselves that no one player knows enough about the totality to be able to tinker with the programming to cause fraudulent and erroneous events to take place. Your question, therefore, is directed exactly at something that is relevant in this area now, and there may, in fact, be some help for this committee in this document, which is a speech given by a Mr. Keith Dorricott who is a senior computer auditor with one of the major auditing firms in Canada. The speech was published by the Canadian Bankers' Association, following a Canadian Payments System Conference which took place last November in Toronto. I can obtain a copy for the committee, if you would care to have it.

The Chairman: We would like that very much.

Mr. Dingle: Shall I send it to you, Madam Chairman.

The Chairman: Yes, if you would.

Senator Lewis: It struck me that, although it is not directly on the point, it might reassure people who are concerned about this aspect that there is a check on the system.

Mr. Henderson: As you know, the financial institutions are subject, under the Bank Act, to very strict and stringent auditing conditions involving two auditors.

Senator Lewis: That might be reassuring to people who feel that the machine has taken charge.

The Chairman: Mr. Dingle was speaking about the auditor who checks the security of the system, or did you go beyond that?

Senator Lewis: It is all about security.

The Chairman: It is the total system, then.

Mr. Dingle: That is, indeed, the key idea. You do not ask a computer if it arrived at four after it added two plus two.

What you want to know about is the human organization that surrounds that mechanism. One should know that it is set up in such a way that it is virtually impossible for people to manipulate it. So, you have to go from the machines to the

[Traduction]

passé. Quant j'étais jeune, on me donnait deux cents et cinq cents pour vérifier tous les reçus et les bons de caisse de l'entreprise familiale, mais cela ne se fait plus aujourd'hui. Les vérificateurs acceptent-ils les renseignements que leur donnent les ordinateurs ou ont-ils accès aux codes qui leur permettent d'utiliser l'ordinateur?

M. Dingle: Sénateur Lewis, je peux faire deux choses pour vous. Je peux vous décrire très brièvement une des principales règles de la vérification informatique. Deuxièmement, je peux vous renvoyer à un discours qu'a prononcé un des grands vérificateurs informaticiens du pays sur le sujet.

Pour ce qui est de la règle suivie dans le domaine de la vérification informatique, une des principales tâches que cette personne doit remplir, au fur et à mesure qu'elle franchit toutes les étapes pour vérifier la précision des dossiers informatisés, c'est d'examiner exactement ce dont nous parlons aujourd'hui, c'est-à-dire la répartition des fonctions au sein de l'organisation, pour s'assurer que personne ne connaît suffisamment bien le système pour jouer avec la programmation en vue de permettre des fraudes et d'y glisser des erreurs. Votre question, en conséquence, porte sur un sujet pertinent et, à cet égard, le discours qu'a prononcé M. Keith Dorricott, principal vérificateur informaticien d'une des grandes sociétés de vérification du Canada, pourrait être utile au Comité. Le discours a été publié par l'Association des banquiers canadiens, suite à une conférence sur le système de paiements canadien qui a eu lieu en novembre dernier à Toronto. Je peux en obtenir un exemplaire pour le Comité si vous le souhaitez.

Le président: Nous aimerions bien en avoir un.

M. Dingle: Dois-je vous le faire parvenir, Madame le président?

Le président: Oui, s'il vous plaît.

Le sénateur Lewis: Je pense même si cela n'a pas trait au sujet de discussion, que les gens qui s'occupent de cet aspect seraient rassurés d'apprendre que le système fait l'objet d'une vérification.

M. Henderson: Comme vous le savez, les institutions financières sont assujetties, en vertu de la Loi sur les banques, à des vérifications très rigoureuses effectuées par deux vérificateurs.

Le sénateur Lewis: Cela peut rassurer les gens qui ont l'impression que l'ordinateur a pris le dessus.

Le président: Monsieur Dingle, parlez-vous du vérificateur qui contrôle les systèmes de sécurité de l'ordinateur, ou parlez-vous d'autre chose?

Le sénateur Lewis: Il s'agit de sécurité.

Le président: C'est donc tout le système.

M. Dingle: C'est l'idée générale. On ne demande pas à un ordinateur s'il arrive à quatre lorsqu'il additionne deux plus deux.

Ce sont plutôt les ressources humaines qui entourent ce mécanisme qui vous intéressent. L'ordinateur est assemblé de telle façon qu'il est pratiquement impossible pour une personne de le manipuler. Il faut donc passer des ordinateurs aux

[Text]

people who work with them and determine how they, themselves, are organized.

Senator Lewis: My personal experience would be completely useless in that regard.

The Chairman: I should like to deal with one of your recommendations regarding the officer of the financial institution appearing in a courtroom to submit a certificate. You further recommend that the certificate shall have the same force and effect or sanction as an affidavit, which means, in effect, that that officer from the financial institution must swear to the security, if you will, of the system, apart from the facts of what is before him.

Do you see any problem if for any reason the printout was challenged and found to be incorrect? Do you think that that would, in any way, endanger the officer himself? Do you think he would find himself in difficulty if the court found that he has produced an incorrect certificate?

Mr. Henderson: I think that the certificate or affidavit creates the same problem today. If a certificate is inaccurate or an affidavit is inaccurate, then, of course, the sanctions can apply, but not necessarily. It would depend on the manner in which the person who swears the affidavit, or the manner in which the person who presented the certificate, dealt with particular information.

What I have in mind in that regard is if the officer gives information that he knows to be inaccurate, he is then subject to the sanctions. But he would not, in my view, either in the form of an affidavit or in the form of a certificate, make statements of fact if he did not know the facts. If he did that, he would be putting himself in an awkward position. He would give evidence in certain circumstances on the basis of belief, but he would give it on the basis of fact if he really knew the facts.

So, he could not give the certificate or affidavit, as the case might be, on matters beyond his personal knowledge. When it is information and belief, it is given on the basis of why he believes it. So, he would have to be careful that he does not go beyond that.

Senator Deschatelets: I presume there will be a uniform guide for all financial institutions?

Mr. Henderson: Yes, but it would be a guide. I would not say it would be followed slavishly, because the person who produces the certificate would have to adapt that to the particular facts on which he was informed. Certainly there would be a guide for that purpose.

The Chairman: Clause 157 states:

A business record of a financial institution is, in the absence of evidence to the contrary, proof of any matter, transaction or account contained in the record.

That wording strikes me as being absolute, and stronger than *prima facie* proof, somehow. I wonder if the words "*prima facie*" should be used in that clause.

[Traduction]

personnes qui s'en servent pour déterminer comment ces dernières sont organisées.

Le sénateur Lewis: Je n'ai aucune expérience dans ce domaine.

Le président: Je voudrais revenir à une des recommandations que vous avez formulées au sujet de l'employé de l'institution financière qui se présente dans une salle de tribunal pour délivrer un certificat. Vous recommandez en outre que le certificat ait la même force et entraîne les mêmes effets ou sanctions qu'une déclaration sous serment, ce qui veut dire que l'employé de l'institution financière doit garantir sur parole que l'ordinateur est fiable, indépendamment des faits qui lui sont présentés.

Croyez-vous qu'il y aurait un problème si, pour une raison ou une autre, l'authenticité de l'imprimé était mise en doute et qu'on découvrirait qu'il était inexact? Pensez-vous que la crédibilité de l'employé lui-même serait atteinte à cause de cela? Croyez-vous qu'il aurait des problèmes si le tribunal jugeait son certificat incorrect?

M. Henderson: Je crois que le certificat ou la déclaration sous serment pose aujourd'hui le même problème. Si le certificat est inexact ou si la déclaration sous serment est fausse, évidemment, on peut imposer des sanctions, mais ce n'est pas forcément le cas. Cela dépend de la façon dont la personne qui fait une déclaration sous serment ou qui présente un certificat se sert de certains renseignements.

D'après moi, une personne qui fournit des renseignements en les sachant inexactes peut faire l'objet de sanctions. Mais elle ne pourrait selon moi exposer des faits qu'elle ne connaît pas, que ce soit sous forme de déclaration sous serment ou de certificat. Si elle le fait, elle se placerait dans une situation difficile. Dans certains cas, elle donnerait des preuves en se fondant sur des convictions, mais elle se perdrait sur des faits si elle les connaissait vraiment.

Elle ne pourrait délivrer un certificat ou faire une déclaration sous serment, suivant le cas, sur des sujets qu'elle ne connaît pas. Elle doit être capable de justifier les renseignements donnés ou ses convictions. Elle doit faire attention de ne pas aller trop loin.

Le sénateur Deschatelets: Je suppose qu'un guide uniforme sera établi pour toutes les institutions financières.

M. Henderson: Oui. Je ne dis pas qu'il sera suivi à la lettre, parce que la personne qui délivre le certificat devra se conformer aux renseignements précis qu'elle reçoit. On établira sûrement un guide pour cela.

Le président: L'article 157 stipule:

Un document professionnel d'une institution financière fait preuve, sauf preuve contraire, de tout élément, transaction ou compte qui y est inscrit.

Cette expression me semble formelle et peut-être plus forte que la preuve *prima facie*. Je me demande si les mots "*prima facie*" ne devraient pas être inclus dans cet article.

[Text]

Mr. Henderson: I do not think that that would be necessary because, the words in "the absence of evidence to the contrary" mean it is only proof if no one puts evidence in to the contrary. If someone puts evidence in to the contrary, then, of course, it ceases to be proof. So, it is only in the absence of contrary evidence that it is proof.

The Chairman: So that phrase substitutes for *prima facie*?

Mr. Henderson: Yes, and as I pointed out, our concern is that clause 156 may put a gloss on that. We do not think that that was intended. We find it difficult to reconcile clause 156 with clause 157. We think clause 157 is right, but would ask that clause 156 be examined to ensure that it does not weaken clause 157.

Senator Bosa: Madam Chairman, I am not sure I understood the reference to clause 133 as it related to the definition of "duplicate."

I, as a businessman, and Senator Haidasz, as a doctor, have no problems understanding what the word "duplicate" means, but apparently those in the legal profession have difficulty with that.

Mr. Henderson: Only because of the definition. We have no problem with the definition of "duplicate" or "copy" in the normal terms, but when one gives those words a meaning that they do not ordinarily have, then we get into difficulty.

If you refer to the definition of "duplicate" found in clause 130, you will notice that it covers photography. You will also notice that a photograph is defined, but what happens to a photocopy—Xerography? It is not there. So, a photograph is a duplicate, but a photocopy is not a duplicate, yet it is an exact copy. Since it is an exact copy, it is a facsimile, so a photocopy is an original. So, why is a photocopy an original and why is a photograph a duplicate?

The Chairman: I am glad you got yourself through that.

Mr. Henderson: An original is a facsimile, yet when one looks at clause 133, it talks about a copy, but a facsimile is an exact copy, so an exact copy is an original, and a copy is not defined.

Senator Bosa: Does clause 130 not say that a duplicate means a reproduction from the same impression? Would that not cover Xerography?

Mr. Henderson: Perhaps.

Senator Bosa: Would it be acceptable if it were made from the same matrix?

Mr. Henderson: Accepting that, it is also a facsimile, and it is also an original. Is it a copy because it is ordinarily a copy? In other words, suppose I were to type two copies, and treated them as the "impression". If I took the second copy and made a photocopy using a Xerox machine, a Kodak or IBM

[Traduction]

M. Henderson: Je ne crois pas que cela soit nécessaire, parce que les mots «sauf preuve contraire» signifient si aucune preuve contraire n'est avancée. Si quelqu'un avance des preuves contraires, évidemment, cet élément ne constitue plus une preuve. C'est seulement en l'absence de preuves contraires qu'il est recevable en preuve.

Le président: Cette expression remplace donc la locution *prima facie*?

M. Henderson: Oui, et comme je l'ai dit, nous craignons que l'article 156 diminue sa portée. Nous ne croyons pas que cela était intentionnel. Nous avons de la difficulté à concilier les articles 156 et 157. Nous croyons que l'article 157 est justifié, mais nous voulons que l'article 156 soit révisé pour qu'il n'affaiblisse pas la portée de l'article 157.

Le sénateur Bosa: Madame le président, je ne suis pas certain de bien comprendre la question ayant trait à l'article 133 qui porte sur la définition du mot «double».

Le sénateur Haidasz, en tant que médecin, et moi même, en tant qu'homme d'affaires n'avons aucune difficulté à comprendre le sens du mot «double», mais il me semble que les membres de la profession juridique éprouvent certaines difficultés à cet égard.

M. Henderson: Seulement à cause de la définition. La signification des mots «double» ou «copie» ne pose généralement aucun problème, sauf lorsque l'on donne à ces mots un sens qui sort de l'ordinaire.

Si vous vous reportez à la définition du mot «double» qui figure à l'article 130, vous verrez qu'elle inclut les photographies. Vous remarquerez également qu'on y définit l'expression photographie, mais qu'arrive-t-il à une photocopie, une copie reproduite par procédé Xerox? On n'y fait aucune allusion. Ainsi, une photographie est un double, mais une photocopie n'est pas un double alors que c'est une copie conforme. Puisqu'elle constitue une copie conforme, c'est donc une reproduction; une photocopie constitue donc un original. Pourquoi considère-t-on une photocopie comme un original et une photographie comme un double?

Le président: Je suis heureuse de voir que vous vous en êtes sorti.

M. Henderson: Un original est une reproduction, mais l'article 33 parle de copie; une reproduction est une copie conforme, de sorte qu'une copie conforme est un original; l'expression copie n'y est pas définie.

Le sénateur Bosa: L'article 130 ne dit-il pas qu'un double constitue une reproduction provenant d'une même impression? Est-ce que cela n'inclut pas les copies reproduites par procédé Xerox?

M. Henderson: Peut-être.

Le sénateur Bosa: Serait-il jugé recevable s'il provenait de la même matrice?

M. Henderson: Il serait jugé recevable, mais il constituerait également une reproduction et un original. Constitue-t-il une copie parce que c'est normalement une copie? En d'autres termes, si je devais dactylographier deux exemplaires pour ensuite les considérer comme une «impression», et si je prenais

[Text]

machine, is that a facsimile, an exact copy, a photograph or a copy?

Senator Bosa: That is an arguable point because it says "from the same matrix." So, if an impression were taken from the same matrix, it would be a duplicate, and a duplicate is admissible.

Mr. Henderson: I am not arguing admissibility; I am merely saying that I found it difficult to wade my way through "duplicate", "original" and "copy".

There seems to be duplication when "original" and "duplicate", and "copy" are referred to. I was left completely at sea in those circumstances because "copy" is not defined.

Senator Bosa: It is a good observation and I am sure that the gentleman from the Department of Justice who is present will take note of your concerns.

Mr. Henderson: Thank you.

Senator Bosa: What do you think the bill should include for the protection of the Canadian Payments Association concerning the security of the system? For example, when there is a dispute and the association is called upon to provide records that go beyond what the management would like to produce, what would you like to see in the bill that would protect the Canadian Payments Association from revealing sensitive information?

Mr. Henderson: First, I should like clause 156 to be inapplicable to financial institutions. Second, I should like clause 130 to stop at the word "output" so that there is no foundation evidence required. If clause 156 is not applicable to financial institutions, then there is no wording needed there to protect their situation. If it is intended that clauses 156 and 157 remain together, then I would ask for wording in clause 156 that no examination of any institution's computer system be made applicable until a showing has been made to necessitate it.

Senator Bosa: If that were done, then you would like it to be held *in camera*?

Mr. Henderson: Yes.

Senator Deschatelets: It is not possible to cover all cases. It is always up to the court to decide. Depending on the type of evidence and the kind of defence, the judge may say that he will need more information. I think the judge is entitled to that.

Mr. Henderson: All I am saying is that before a judge embarks on a plan of requiring the computer system to be examined or more detail of the record to be filed, he should be given some reason why that should be so.

Senator Deschatelets: That point is made in your brief.

Mr. Henderson: Yes, it is in our brief.

Senator Bosa: When you say that banking institutions are obliged to keep records in the interest of the public and when you say that the system ought not to divulge any information

[Traduction]

la deuxième copie pour en faire une photocopie à l'aide d'une machine Xerox, d'un appareil Kodak ou d'une machine IBM, cette copie constituerait-elle une reproduction, une copie conforme, une photographie ou une copie?

Le sénateur Bosa: Cette question est discutable parce que l'article dit «de la même matrice». Si une impression provient de la même matrice, les documents constitueraient un double, et un double est jugé recevable.

M. Henderson: Je ne discute pas de la recevabilité du document; je dis tout simplement que j'avais du mal à comprendre le sens des mots «double», «original» et «copie».

On semble répéter la même chose lorsqu'on parle de «original», «double» et «copie». J'étais complètement dans le noir parce que l'expression «copie» n'est pas définie.

Le sénateur Bosa: C'est un point intéressant, et je suis sûr que le représentant du ministère de la Justice qui est avec nous prendra note de vos préoccupations.

M. Henderson: Merci.

Le sénateur Bosa: Croyez-vous que l'Association canadienne des paiements devrait être visée par le projet de loi pour assurer la sécurité du système? Par exemple, lorsqu'il y a un conflit et que l'Association est tenue de fournir des dossiers que la direction ne tient pas à produire, quelle disposition pourrions-nous introduire dans le projet de loi pour protéger l'Association dans les cas où elle serait tenue de divulguer des renseignements secrets?

M. Henderson: D'abord, je voudrais que les institutions financières ne soient pas assujetties à l'article 156. Deuxièmement, je voudrais que l'article 130 s'arrête au mot «document», pour qu'il ne soit pas nécessaire d'apporter des preuves. Si les institutions financières ne tombent pas sous le coup de l'article 156, il n'est pas nécessaire de protéger leur situation. Si l'on tient à ce que les articles 156 et 157 demeurent regroupés, je voudrais que l'on précise dans l'article 156 que les ordinateurs d'une institution ne peuvent faire l'objet d'une vérification tant qu'il n'a pas été prouvé que cela est nécessaire.

Le sénateur Bosa: Si c'était le cas, voudriez-vous que cet examen se fasse à huis-clos?

M. Henderson: Oui.

Le sénateur Deschatelets: Il n'est pas possible de couvrir tous les cas. Il revient au tribunal de décider ce qu'il doit faire. Suivant la nature des preuves et le type de défense, un juge peut estimer qu'il a besoin de plus de renseignements. Je crois que le juge a le droit de la faire.

M. Henderson: Tout ce que je dis, c'est que avant qu'un juge ne décide qu'un ordinateur doit faire l'objet d'un examen ou que de plus amples détails doivent être consignés, il faut qu'on lui donne des raisons.

Le sénateur Deschatelets: Vous l'avez signalé dans votre mémoire.

M. Henderson: Oui, c'est dans notre mémoire.

Le sénateur Bosa: Lorsque vous dites que les institutions financières sont obligées de garder des dossiers dans l'intérêt du public et que l'ordinateur ne devrait divulguer aucun

[Text]

because the people who run the system are subject to being penalized if they do not adhere to a certain set of rules, are you not saying, in effect, "trust me"?

Mr. Henderson: Yes.

Senator Bosa: Are we not all in the same position? As senators, if we do not abide by the rules of the Senate we are subject to the same penalties.

Mr. Henderson: What I am saying is that in the circumstances of financial institutions whom we represent here, there is a circumstantial likelihood of reliability—of trustworthiness—such that initially those records should be trusted.

The Chairman: Mr. Henderson, if I might ask you to step outside of the guise that you are appearing in today, since there are other business institutions such as insurance companies—and I suppose there are literally thousands of others—that use and will use computer transactions almost exclusively, do you think it is simply the financial institutions that should have this special treatment or should we go beyond that?

Mr. Henderson: Speaking for the financial institutions, as long as they have it my mandate is fulfilled today. You ask me now to step outside of that role, and my answer to that is that you ought to apply the test of whether you are satisfied with their record-keeping. Then having regard to the manner in which their records are kept, and having regard to the nature of the transactions, you ask yourself if there is a likelihood that their records are trustworthy. If you were satisfied with that situation, then I would say yes.

Senator Deschatelets: I think we should subscribe to some principles and these principles should apply not only to financial institutions but also to those who are using this device such as insurance companies.

Mr. Henderson: Financial institutions have long been recognized as having records that are trustworthy and, therefore, that they should be covered. When other institutions establish that trustworthiness, then of course you treat them in the same manner. I would suggest that financial institutions should be treated separately because of that long historic acceptance of reliability.

Senator Bosa: When we speak of financial institutions in the broad sense, we include not only banks and insurance companies, but we also refer to trust companies. Your statement comes on the heels of some dramatic happenings in those institutions which perhaps might lead people to believe that they suffer from the same weaknesses as other institutions do.

Mr. Henderson: It has just been pointed out to me that although there have been some strange happenings, nobody has suggested that their records were inaccurate.

Senator Bosa: They have not been able to locate large sums of money.

Mr. Henderson: I have no mandate for them. I am not certain what their problems were. As far as our member institutions are concerned, the record shows that in billions of transactions over many years, they have been consistently

[Traduction]

renseignement parce que les gens qui l'exploitent risquent d'être pénalisés s'ils ne respectent pas certaines règles, ne dites-vous pas, en fait, «faites-moi confiance»?

M. Henderson: Oui.

Le sénateur Bosa: Ne sommes-nous pas tous dans la même situation? En tant que sénateurs, si nous ne respectons pas le Règlement du Sénat, nous pouvons faire l'objet des mêmes sanctions.

M. Henderson: Ce que je dis, c'est que, dans le cas des institutions financières que nous représentons aujourd'hui, on peut se fier aux dossiers au départ en fonction des circonstances.

Le président: Monsieur Henderson, je vous demande de prendre du recul, puisqu'il y a d'autres institutions, comme les sociétés d'assurances, qui sont avec nous aujourd'hui, et je suppose qu'il y a des milliers d'autres sociétés qui utilisent les transactions informatiques de façon exclusive. Croyez-vous que l'on devrait accorder un traitement spécial seulement aux institutions financières, ou à d'autres sociétés également?

M. Henderson: Pour ce qui est des institutions financières, du moment qu'elles sont protégées, j'ai rempli mon devoir. Vous me demandez de prendre du recul par rapport à ce rôle et je crois que vous devez d'abord déterminer si vous êtes satisfait de la façon dont elles assurent la tenue des dossiers. Ensuite, compte tenu de la méthode qu'elles utilisent et de la nature de leurs transactions, vous devez vous demander si leurs dossiers sont fiables. Si vous êtes satisfait, je dirais oui.

Le sénateur Deschatelets: Je crois que nous devrions nous conformer à certains principes et que ceux-ci ne devraient pas seulement s'appliquer aux institutions financières, mais également à ceux qui utilisent ce matériel, comme les sociétés d'assurance.

M. Henderson: On reconnaît depuis longtemps que les dossiers des institutions financières sont fiables et, en conséquence, devraient être protégés. Lorsque d'autres institutions acquièrent une telle fiabilité, vous pouvez évidemment les traiter sur un pied d'égalité. Je crois que les institutions financières devraient être traitées différemment puisque leur fiabilité est reconnue depuis longtemps.

Le sénateur Bosa: Lorsque nous parlons des institutions financières en général, nous parlons également des sociétés de fiducie. Votre déclaration s'inspire d'événements importants qui se sont produits dans ces institutions et qui peuvent amener les gens à croire qu'elles souffrent des mêmes faiblesses que les autres institutions.

M. Henderson: On vient tout juste de ne signaler que en dépit de ces événements curieux, personne n'a dit que leurs dossiers étaient fautifs.

Le sénateur Bosa: Elles n'ont pas été capables de trouver des sommes d'argent importantes.

M. Henderson: Elles ne m'ont donné aucun mandat. Je ne sais pas au juste quels sont leurs problèmes. En ce qui concerne nos institutions membres, et compte tenu des milliards de transactions qu'elles ont effectuées au cours de nombreuses

[Text]

accurate. An aberration can arise, but as a generality I have no hesitation in standing on the record or in saying to you that I consider them reliable.

The Chairman: Gentlemen, on behalf of the committee, thank you very much for appearing here today and giving us the benefit of your views on the various clauses of Bill S-33. As you may know, the summer is going to be spent redrafting this bill, and I am sure all these comments and suggestions will be carefully considered when that is being done.

Honourable senators, before we adjourn, I would like a motion to have the submission of the Canadian Payments Association printed as an appendix to the proceedings.

Hon. Senators: Agreed.

(For text of brief see appendix "65-A" p. 65A:1.)

The Chairman: I should also like a motion to have the brief of Mr. Edward Greenspan who appeared before us on June 2 printed as an appendix.

Hon. Senators: Agreed.

(For text of brief see appendix "65-B" p. 65A:15.)

The Chairman: Honourable senators, I also received a letter from Mr. W. W. Potter, President of the Trust Companies Association of Canada with respect to Bill S-33 supporting the submissions that he understood were to be made by the Canadian Payments Association and the Canadian Bankers' Association. I think that that too should be appended to our proceedings today.

Hon. Senators: Agreed.

(For text of letter see appendix "65-C" p. 80.)

The committee adjourned.

[Traduction]

années, leurs dossiers ont toujours été justes. Une erreur peut parfois être commise, mais en général je n'hésite pas à me fier à leurs dossiers ou à dire que je les trouve fiables.

Le président: Messieurs, au nom du comité je tiens à vous remercier d'avoir comparu devant nous aujourd'hui et d'avoir partagé avec nous vos points de vue sur les divers articles du projet de loi S-33. Comme vous le savez, le projet de loi sera rédigé à nouveau cet été, et je suis certaine que l'on tiendra compte à ce moment-là de vos commentaires et de vos suggestions.

Honorables sénateurs, avant de lever la séance, je propose que le mémoire de l'Association canadienne des paiements soit imprimé en annexe.

Des voix: D'accord.

(Voir le mémoire à l'appendice «65-A» p. 65A:40.)

Le président: Je propose également que le mémoire de M. Edward Greenspan, qui a comparu devant nous le 2 juin, soit imprimé en annexe.

Des voix: D'accord.

(Voir le mémoire à l'appendice «65-B» p. 65A:54.)

Le président: Honorables sénateurs, j'ai également reçu une lettre de M. W. W. Potter, président de l'Association des compagnies de fiducie du Canada, au sujet du projet de loi S-33. Il appuie les mémoires que, à sa connaissance, l'Association canadienne des paiements et l'Association des banquiers canadiens devaient présenter. Je crois que cette lettre devrait également être annexée.

Des voix: D'accord.

(Voir la lettre à l'appendice «65-C» p. 80.)

La séance est levée.

APPENDIX "65-A"

CANADIAN PAYMENTS ASSOCIATION

SUBMISSION TO

THE SENATE COMMITTEE ON LEGAL AND
CONSTITUTIONAL AFFAIRS

BILL S-33
THE CANADA EVIDENCE ACT, 1982

CONTENTS

1. The Canadian Payments Association
2. Financial Transactions by Cheque in Canada
3. Present and Future Methods of Creating
and Maintaining "Records"
4. Areas of Concern
5. Development of the Law
6. The Draft Bill
7. The Anomaly
8. Recommendations

BILL S-33

THE CANADA EVIDENCE ACT, 1982

1. The Canadian Payments Association

The Canadian Payments Association ("CPA") takes pleasure in making this submission to the Standing Committee of the Senate of Canada on Legal and Constitutional Affairs. The process of revising the evidence laws of Canada is important because of the impact of those laws on the way individuals and businesses conduct their affairs. We welcome the opportunity to make a contribution to that process of revision.

Parliament created the Canadian Payments Association when it revised the banking legislation in 1980, and gave it the mandate to "establish and operate a national clearings and settlements system and to plan the evolution of the national payments system" (a function previously entrusted to the Canadian Bankers' Association). The CPA now has a membership of 123 financial institutions comprised of the Bank of Canada, every chartered bank, trust and loan companies, credit union centrals and other deposit taking institutions such as the Alberta Treasury Branches.

2. Financial Transactions by Cheque in Canada

In 1981 the volume of payment items processed through the national payments system exceeded 1.5 billion items, having a value in excess of 3 trillion dollars. About 80% in value of all payments in Canada are made by cheque and each week approximately 30 million cheques are processed through the national payments system.¹ To cope with such large volumes and maintain the efficiency of the national payments system, financial institutions have had to automate the processing of transactions and the creation of "records" of those transactions. Today, virtually all of the business records of Canada's financial institutions are produced by computer.

3. Present and Future Methods of Creating and Maintaining "Records"

The first step taken towards automation was the development of machine readable magnetic ink ("MICR") encoding in the 1950's and the development of high speed reading and sorting equipment capable of picking up the encoded information. MICR encoded numbers appear on the bottom left hand corner of virtually every cheque issued in Canada.

This was followed by the transfer of many branch accounting functions to regional data centers for computerized processing. At the end of each business day, bundles of cheques and other payment items are dispatched by courier to data centers and are there processed in batches. The data centers process the items and deliver them to the institutions to which they are destined. Each branch of a financial institution receives a bundle of items drawn on it the previous day prior to opening for business the next day. Bank accounts are debited and credited on the basis of the information

1. Does not include "on us" items - where payor and payee have accounts with the same institution.

provided by the data center (which is transmitted electronically or by magnetic tape) rather than on the basis of actual physical presentment.

A further development was the transformation from the exclusive use of batch processing systems to on-line systems where customers' account balances are adjusted at the time of the transaction. The development of on-line systems constituted the first direct interface between the customer of a financial institution and its computers.

More recently electronic funds transfer systems such as direct deposit, pre-authorized payment and automated teller machines have been developed which permit customers to conduct their financial transactions without having to go to a branch, or outside of normal business hours.

In direct deposit transactions, payments are deposited into the payee's account on the basis of payment instructions encoded on magnetic tape. No paper is used.

The pre-authorized payment allows individuals to make payments by direct debit of their account and electronic transfer of that payment to the account of the payee (such as an insurance company or mortgage lending institution). This method of payment also replaces the need for paper vouchers or cheques to be passed from one institution or individual to another.

The automated teller machine permits customers to perform most of their financial transactions, including the payment of bills, without entering the branch of account. There are approximately 2,000 of these machines currently in service in Canada. In an ATM transaction, the customer

controls the processing and receives a paper voucher confirming the transaction the customer ordered the machine to perform.

Cheque truncation is a further development designed to reduce the flow of paper. A "truncated" cheque is held by the institution at which it is presented rather than being delivered to the branch on which it is drawn, or back to the drawer's possession. The information on the cheque is sent electronically to the data center of the drawer's institution and back to the drawer's branch but the cheque itself remains with the institution at which it is presented.

The 1980's will witness a more widespread use of bill payments by telephone, the use of debit cards in conjunction with point of sale terminals located in merchants' premises and home television banking.

4. Areas of Concern

Each of the developments referred to above had for its purpose the reduction or elimination of the flow of paper "records". Given this trend, and given the volume of transactions and their importance, we submit that it is essential that the laws of evidence enter the computer use.

The CPA has three areas of particular concern:

Firstly, the creation of "records" of transactions which at the time of their creation are not immediately intelligible - specifically by the use of computers (eg. direct deposit from instructions recorded on magnetic tape).

Secondly, the destruction of "records" of transactions which, although intelligible at the time of their creation, are subsequently destroyed and are replaced by new "records", in a

different form, specifically by entering the information contained in the intelligible records into a computer system, or by the use of microfilm and similar reproduction techniques (eg. cheque truncation).

Thirdly, the admissibility into evidence, and the relevant weight of evidence, of records of the two kinds described above which are tendered to a court either in a form not intelligible at the time the record was created, or in a completely different form altogether.

5. Development of the Law

The essential problem with most documents, including business records, is that they are hearsay evidence, and their admission into evidence means that a court is being asked to believe second and third hand evidence that has not been sworn to, which is not, usually, the subject of cross-examination, and whose worth or weight may be contradicted by viva voce testimony. The common law has, over the years developed numerous exceptions to the "hearsay rule" which the common law itself created. Here are some of the criteria established by the common law for the admissibility of business records.

i) the record sought to be introduced must be in the same form as it was at the time it was created:

ii) the person who created the record must have had personal knowledge of the facts which he was recording;

iii) the record must be contemporaneous with the transaction which it records;

iv) the person who made the record must have died;

v) the person who made the record must have been under a duty to make the record and must have made the record in the course of that duty;

vi) the record must have been made in the "usual or normal course of business", to prevent the admission into evidence of purely self-serving documents;

vii) the person having charge of the records must attend personally to prove the records;

viii) where the records are in a form different than the form in which they were originally created, continuity must be shown;

ix) where the records were created originally in a way that was not immediately intelligible, the basis of the creation of the record, the mechanics and techniques used to create the "record", must be fully disclosed and an adverse party must be given the full opportunity to cross-examine on the method of creating and keeping the records.

There are also statutory exceptions to the hearsay rule. The records of financial institutions of Canada have been for a very long time, the subject of special enactment with respect to their admissibility. The following conditions have been established under s.29 of the Canada Evidence Act for the admissibility of the business records of financial institutions.

i) at the time of making the entry in the book or record, the book or record was one of the ordinary books or records of the financial institution;

ii) the entry in the book of record was made in the usual or ordinary course of business;

iii) the book or record is in the custody or control of the financial institution;

iv) the copy of the book or record sought to be produced is a "true" copy of the book or record; and

v) in the case of a computer produced record, unless the record is considered as an "original" by the Court¹.

foundation evidence as to the reliability of the computer system must be adduced.²

A review of the development of the law of evidence, whether by common law or statute clearly demonstrates that the facility of admission into evidence of documents, has varied in accordance with the importance which we as a society attach to the documents. The more important the document, the more readily the courts will admit it. Examples of this development abound, from the proof of Orders-in-Council whose very production is sufficient to admit them, to public records. Behind the importance of documents, whose entry into evidence is facilitated, is the often unstated notion of reliability, or authenticity. It would seem to be our common experience that the more important the document is, the more likely it is to be accurate. This is why the records of financial institutions have traditionally enjoyed special status with respect to admissibility.

1. R. v. Bell and Bruce (1982) 35 O.R. (2d) 164.

2. R. v. McMullen (1978) 100 D.L.R. (3d) 671.

6. The Draft Bill

We submit that Bill S-33 does not completely take into account the current and the likely future advances in technology, does not take into account the need for an efficient method by which records of Canadians' financial transactions should be admitted into the courts, and essentially seeks to apply the rules applicable to "hard copy" original records, and copies of them, to a technology which has passed them by.

We have certain specific concerns.

A. Section 2 defines "record" in broad terms, but conflict apparently arises when one considers s. 130 of the proposed Bill, together with s. 133 having to do with the production of duplicates - the whole in the absence of any definition of what is meant by "copy". A reading of s. 130(c) in conjunction with s. 133(2) of the Bill indicates a lack of definition as to what will be treated as a duplicate or a copy and why the distinction is required in the light of the broad definition of "record". In trying to address the problem of hearsay, the authors of the Bill seem to have become entangled in their own web.

B. Section 155 imposes a double duty upon a court: to determine by use of the same criteria (i) admissibility of a record which is tendered, and (ii) the probative value to be accorded that record. We suggest that it is difficult to oblige a court to consider the probative value of a tendered record by examining it while the court is at the same time under a duty to determine its admissibility. This is particularly true where admissibility is exclusively a matter of law for the court whereas probative value is a matter for the trier of fact. A positive obligation is placed upon the

person proposing the record under s. (2) of s. 155. In the light of modern technology it is questionable as to whether or not an identifiable "custodian of the record" can be produced. Indeed, one of the most important design features of computer systems in financial institutions is the "separation of duties" concept - ensuring that no single individual has control of the system.

C. The proposed code under s. 157(1) establishes as a general principle that "a business record of a financial institution is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of any matter, transaction or account contained in the record". But this provision appears to be in conflict with s. 155. If s. 157(1) is intended to override s. 155(1) (which we submit it should) a clear statement to this effect should be contained in the Bill. Otherwise, the traditional special status of the records of financial institutions may be frustrated, with respect to records produced by computer, because of the possibility that the court require foundation evidence under s. 155(1). This would also be inconsistent with s. 154. The presumed accuracy of records of financial institutions is stated as a clear direction of law, in s. 154 that "where a business record does not contain information ... which might reasonably be expected to be recorded in the record, ... in the case of a business record of a financial institution [the absence of the information] ... is proof that the matter did not occur or exist." If we are prepared to direct in law that the absence of a record which might normally be expected to be made is proof that the event not recorded did not occur, we are inconsistent in failing to define the criteria relating to the admissibility of a record whether to prove or disprove the matter in issue, or eliminating such criteria completely. Moreover, we are inconsistent when we direct the court to examine the record to determine both the

admissibility and the probative value of the record at the same time. We submit that foundation evidence in respect of the records of financial institutions ought not to be required.

7. The Anamoly

Put very briefly, our present concern may be expressed as follows: the reliability of the records of financial institutions is potentially recognized in s. 157 of the draft Bill. This is consistent with the experience both of our law and of our financial institutions. Granted that conclusion, we have created conditions precedent for the admission of that evidence which are not fully defined in the proposed Bill and at the same time have compelled our courts to mix questions of law (is it admissible?) with questions of fact (is it worth anything?) - and then coupled the whole to a procedure for the admission of the evidence - laying a foundation by affidavit or oral evidence - in the absence of clear definition of the "foundation evidence".

8. Recommendations

It seems to us that, subject to certain safeguards to which we will later refer, a better approach would be to declare that an intelligible record produced over the hand of an officer of a financial institution, as defined by the proposed Bill,

- i) is an original record of the transaction;
- ii) is admissible into evidence as proof of that transaction; and
- iii) in the absence of contradictory evidence, is conclusive in law of the accuracy of the information therein recorded.

Obviously, certain safeguards will be required.

Firstly, the consequences of the law. We believe that by eliminating statutory enactments of criteria and allowing records of financial institutions to be filed over the hand of an officer of the institution, we are codifying the law in the proper sense. We suggest, therefore, that the penal consequences of the law should apply, and that the production of a record over the hand of an officer, in the sense in which we have described it, should attract, by enactment, the penalties relating to giving of false evidence. More specifically, we believe that the certificate of the officer should indicate that the officer involved is aware that the effect of his signature is equivalent to his giving of an oath.

Secondly, we are not unaware of the possibilities which exist for error by the individuals operating computers, cameras, tape recorders, discs, possibly even lasars but the machines make very few errors of themselves. Error has always existed with manually produced records, but the fact that in many computerized applications, transactions are simultaneously effected and recorded should result in a reduced potential for discrepancy between what occurred and what the record shows to have occurred. Granted the viability of our first suggestion, we believe that records tendered in evidence by financial institutions should not be admissible other than in the method suggested above and further that they should be admissible only after reasonable and generous notice to any other interested party, together with production to that party of the actual evidence which will be tendered.

Thirdly, we believe that if the other party questions the accuracy of the record, it should be for the court to weigh the whole of the evidence, granted the presumptions set forth

in s. 157 and 154.

It will not escape the attention of the members of the Committee that our first recommendation would allow an officer of a financial institution to change the form of a record. But the very question with which we are concerned arises out of the changing form of records. If hearsay is to be admissible in circumstances where it is fundamentally reliable, then so should double, triple or quadruple hearsay, and the Bill should recognize its reliability as a matter of law.

The alternative to our suggestion, it seems to us, is to attempt to enact detailed criteria which may soon be out-dated as technology advances. Furthermore, we believe that drawing legalistic distinctions with respect to levels of hearsay can only add greater confusion and artificiality, rather than clarity and practicality, to the law.

We are grateful for this opportunity to draw to the attention of your Committee the evidentiary difficulties which the evolution of technology has created, and hopefully to assist in their resolution.

APPENDIX "65-B"

The Advocates' Society

CAMPBELL HOUSE, 160 QUEEN STREET WEST
TORONTO, ONTARIO M5H 3H3
Telephone: 597-0243

The Advocates' Society
Submission to the Standing Senate Committee
on Legal and Constitutional Affairs

on

Bill S-33, The Canada Evidence Act, 1982

Criminal Proceedings

May 5, 1983.

1982-1983OFFICERS

President	K.E. Howie, Q.C.
First Vice-President	J.P. Nelligan, Q.C.
Second Vice-President	Bert Raphael, Q.C.
Third Vice-President	G.W. Hately, Q.C.
Treasurer	J.D. Holding, Q.C.
Secretary	T.J. O'Sullivan

DIRECTORS

M.G. Appel	T.J. Lockwood, Q.C.
B.D. Brown, Q.C.	J.A.B. Macdonald, Q.C.
H.J. Daniel, Q.C.	C.M. Macintyre, Q.C.
D.H. Dixon	W.H.P. Madorin, Q.C.
D.G. Duke, Q.C.	L.R. Morin, Q.C.
H.H. Elliott, Q.C.	F.R. Moskoff, Q.C.
E.E. Frank	J.P. Nelligan, Q.C.
B.L. Gluckstein, Q.C.	T.J. O'Sullivan
E.L. Greenspan, Q.C.	Bert Raphael, Q.C.
B.A. Grosman, Q.C.	Moishe Reiter, Q.C.
G.W. Hately, Q.C.	D.H. Rogers, Q.C.
J.D. Holding, Q.C.	C.F. Scott
K.E. Howie, Q.C.	J.C. Simmons, Q.C.
W.A. Jenkins, Q.C.	G.A. Simpson, Q.C.
C.A. Keith, Q.C.	M.E. Sullivan, Q.C.
S.E. Lang	S.M. Tick, Q.C.
J.I. Laskin	C.R. Thomson, Q.C.
R.B. Lawson, Q.C.	R.D. Yachetti, Q.C.

PAST PRESIDENTS

J.J. Robinette, Q.C.	Mr. Justice R.F. Reid
Mr. Justice R.S. Montgomery	Mr. Justice P.deC. Cory
W.B. Williston, Q.C.	Mr. Justice W.D. Griffiths
C.F. McKeon, Q.C.	Arthur Maloney, Q.C.
P.B.C. Pepper, Q.C.	H.G. Chappell, Q.C.
W.S. Wigle, Q.C.	Mr. Justice J.J. Fitzpatrick
E.A. Cherniak, Q.C.	Mr. Justice J.W. O'Brien
T.H. Rachlin, Q.C.	

EXECUTIVE DIRECTOR

Helen Halchuk

OBJECTIONS TO PROPOSED UNIFORM EVIDENCE ACT

The following comments are based on the latest available version of the Uniform Evidence Act which is now titled Bill S-33 and which received first reading on November 18, 1982 in the Senate. Bill S-33 is essentially based on the final version of the Uniform Evidence Act approved by the Uniformity Commissioners but contains some changes which apparently were made unilaterally by the federal government. During the summer of 1982 the officials from the federal government indicated that they were making changes to the final version of the Uniform Evidence Act approved by uniformity so as to make it comply with the provisions of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The following is a discussion of some of the sections which are objectionable. In other words, no attempt has been made to canvass all the sections and to comment on those sections to which no objection has been taken. It may be that if submissions are in fact made to the Senate Committee, some attempt should be made to bring to the Committee attention those sections which are good.

Section 12

There is no satisfactory philosophical basis for reversing the burden of proof of exceptions, excuses, exceptions justifications, provisos or qualifications expressly provided by an enactment in favour of an accused in relation to any particular offence. While this has been the law with respect to summary conviction offences by virtue of s.730(2) of the Criminal Code, there is no good reason why it should be extended to indictable offences and in fact it would be preferable that it be removed entirely for all offenses indictable and summary conviction offences. While it may be fair to put the evidentiary burden on an accused for certain exceptions, excuses which would be solely within his knowledge, there is no good reason why he should bear

the legal burden. While, as pointed out above, the federal officials made an attempt to have the Uniform Evidence Act comply with the Canadian Charter of Rights and Freedoms it may well be that s.12(1) offends the guarantee in s.11 (d) of the Charter to the presumption of innocence. Even the proviso in subsection (2) for defences of general application provided by law is ambiguous since many of the so called defences such as duress, necessity and even self-defence and the defence of property are properly classified as excuses and might therefore not come within the proviso. In fact, such an interpretation is made even the more likely because of the special treatment for provocation. Thus in Regina v. Salvador, Wannamaker Campbell and Nunes (1981) 59 C.C.C. (2d) 521 (N.S.C.A.) McKeigan, C.J.N.S. was of the view that the defence of necessity is in fact a "excuse" and might be covered by the provision of s.7(2) of the Narcotic Control Act which is worded similarly to the proposed s.12(1) of Bill S-33.

Section 14

The rule in Hodge's case is particularly important in identity issues, and should be preserved ie. the evidence should be consistent with no other rational conclusion.

Section 22

Subsection 1 of this section enacts the basic rule of admissibility, that is that relevant evidence is admissible and irrelevant evidence is inadmissible. One difficulty that can be foreseen is the meaning of the word "law". Presumably this was meant to continue the common law of evidence where the Uniform Evidence Act did not specifically provide for the situation. As will be seen, for example, in later portions of the Act specific provision is made for certain privileges in particular, marital privilege and Crown privi-

lege. It strikes me that it should be made clear that the Act was not intended to do away with common law solicitor-client privilege as it may be developed from time to time. As to subsection (2), this is a codification of the rule in the The Queen v. Wray, [1970] 4 C.C.C. 1 (S.C.C.) in which the Supreme Court of Canada limited the Judge's discretion as to the admissibility of evidence. The Court of Appeal had been of the view that the trial Judge has a wider discretion to reject admissible evidence the admission of which would be unjust or unfair to the accused and that would bring the administration of justice into disrepute. The rule in Wray has been widely criticised since the decision in 1970. At a time when Courts are developing a more flexible approach to the control of their own process by expanding on the doctrine of abuse of process it is difficult to see the wisdom in freezing the development of the law in this area by adopting the Wray formula. In particular, it is hard to rationalize a rule which permits the admission of evidence which would bring the administration of justice into disrepute with the continually evolving concept of abuse of process. While the point made in Wray by Mr. Justice Martland that evidence may operate unfortunately but not unfairly, is perhaps a valid one; it does not come to grips with the important question of evidence whose admission may bring the administration of justice into disrepute or in fact, act unfairly or oppressively. As presently formulated, this subsection does not give a Judge a sufficiently wide discretion to ensure the attainment of the objective of a fair trial. While one would not want to see a rule developed based on mere illegality in the obtaining of evidence, there is much to be said for a compromise position which recognizes the role of the Courts as the final arbiter

in control of the legal process. In the Wray case itself, Cartwright, C.J.C. dissenting, refers to Cross on Evidence and to a quote from the Scottish case of Lawrie v. Muir /1950/ S.C. (J.) 19 where Lord Cooper said as follows:

The law must strive to reconcile two highly important interests which are liable to come into conflict - (a) the interest of the citizen to be protected from illegal or irregular evasions of his liberty by the authorities, and (b) the interest of the State to secure that evidence bearing upon the commission of a crime and necessary to enable justice to be done shall not be withheld from the Court of law on any mere formal or technical ground. Neither of these objects can be insisted upon to the uttermost. The protection for the citizen is primarily protection for the innocent citizen against unwarranted, wrongful and perhaps high-handed interference, and the common sanction is an action for damages. The protection is not intended as protection for the guilty citizen against the efforts of the public prosecutor to vindicate the law. On the other hand, the interest of the State cannot be magnified to the point of causing all the safeguards for the protection of the citizen to vanish and of offering a positive inducement to the authorities to proceed by irregular methods."

Sections 23 to 32

This group of sections which comes under the heading of character evidence, presents some of the most difficult problems in the attempt to strike a proper balance between fairness to the accused and the interests of a full trial in which all properly admissible evidence is presented. Section 24(2) provides that at least 7 days' notice must be given to the Court prosecutor and any co-accused of the intention of calling witnesses who will testify as to the accused's general reputation in the community. I can see no justification for such a notice provision and at the very least there should be a discretion in the trial

Court to relief against the necessity of giving notice. In any criminal trial, it is often a very difficult decision whether or not to call any evidence and so the decision as to whether or not to call the accused or call character evidence may not be made until some time during the trial. It would not seem to be in the interests of justice to exclude this kind of evidence particularly when it has not been explained why notice is required. This is not a situation such as an alibi where there is some reason to investigate the particular defence. I think that the experience of most lawyers has been that evidence as to general reputation is generally not even cross-examined on by Crown counsel.

Section 25 provides that by way of rebuttal the Crown may adduce evidence of "any trait" of the accused's character. This seems unnecessarily wide. Surely by adducing evidence of a particular trait of his character relevant to the issues and on the trial the accused does not open himself up to an attack on every facet of his character no matter how irrelevant. If relevancy is to be maintained in the trial, would it not be preferable to design a rule which focuses in on the character trait put in issue by the accused. As well, I think that s.25(3)(c) should be amended to eliminate the reference to "discharge". The theory behind allowing a Court to grant an accused a discharge was that he would not have a criminal record and would not suffer from the disabilities which flow from a criminal record. I think it is highly undesirable that a person on the one hand be given a discharge and told that he does not have a criminal record and then find himself exposed to having that "record" led against him. This to me, circumvents a very important part of the original idea behind having made provision for a discharge. Section 27 suffers from the same defects that does s.25(2). In

particular the use of the same terminology "any trait" seems to permit the admission of highly irrelevant and highly prejudicial evidence on collateral matters. Section 28 is a blatant attempt to get around a decision of the Ontario Court of Appeal in Regina v. Scopelliti (1981), 63 C.C.C. (2d) 481, where it was held that where the accused relies on self-defence, evidence of the deceased's character or disposition for violence is admissible to show the probability of the deceased having been the aggressor and to support the accused's evidence that he was attacked by the deceased. The Ontario Court of Appeal had held that this disposition could be evidence by proof of specific acts of violence unknown to the accused at the time of the incident, by evidence of reputation and by psychiatric evidence. The Court in that case, specifically rejected the theory that the specific acts of violence should fall within the scope of the rule of similar fact evidence provided that the specific acts of violence unknown to the accused had sufficient probative value that they could legitimately and reasonably assist the jury. As Wigmore has pointed out when the violent character of the deceased in a prosecution for homicide is relevant, there is no substantial reason against evidencing the character by particular instances of violent or quarrelsome conduct. Such instances may be very significant and their number can be controlled by the trial Judge's discretion. The policy rule which has dictated the parameters of the similar fact rule really should have no application to the adducing of evidence of the victim's character. The difficulty with a similar fact rule is that it does not always lend itself to demonstration of character. Thus if the accused alleges that he was threatened and then robbed by the victim just prior to the fatal shooting, what prior acts would be similar. Surely, acts of violence would be

relevant and not merely prior acts of robbery. Once again, the provision for rebuttal evidence, in s.29, casts too wide a net in that it permits the introduction of evidence of the "character traits" of the complainant. Surely, the preferable formulation of the rule would permit the Crown to adduce evidence as to that part of the complainant's character put in issue by the adduction of evidence by the accused. Thus, if the accused has adduced evidence that the deceased had a violent and quarrelsome character then it should naturally be open to the Crown to adduce evidence that he was a person of peaceful character but it should not be open to the Crown to adduce evidence of other character traits which are wholly irrelevant to the issues to the trial such as honesty, etc. The well reasoned and principled decision by the Ontario Court of Appeal in Regina v. Scopelliti (supra) is statutorily reversed for no good or rational reason. Sections 31 and 32 are an attempt to codify sections 317 and 318 of the Criminal Code. Sections 317 and 318 of the Criminal Code have already been the subject of attack under the Charter of Rights. At the very least, s.32(2) should be amended to provide that the evidence referred to is admissible "only" for the purpose of proving that the accused knew that the property that is the subject matter of the proceedings was unlawfully obtained. In any event, the section should be limited to convictions which are not then under appeal. While the majority of the Supreme Court of Canada held otherwise in Hewson v. The Queen (1978), 42 C.C.C. (2d) 507 the position of the dissenting members of the Court seems preferable as was pointed "it seems to us wholly illogical and unfair to permit a defendant to be interrogated about a previous conviction from which an appeal is pending. If a judgment or conviction is later reversed the defendant has suffered unjustly and irreparably the prejudice, if

any, caused by the disclosure of a former conviction". It should be noted that in s.76 a specific provision has been made with respect to exclusion of a discharge, conviction or finding of adultery where evidence of such a finding is admissible under ss.77 to 79. There is no good reason why the policy behind this rule should not be reflected in a much broader provision that only convictions which are not under appeal should be taken into consideration for any purpose under the Act.

Section 52

The provisions of the Act concerning hearsay evidence raised several serious problems. In s.52 the general hearsay exception for statements made in the course of duty is continued except that a provision is made in subsection (2) that notes made by police officers shall not be excluded by reason only that they were made in anticipation of imminent litigation. While it may be that certain routine entries such as entries in police property ledgers would be or should be admissible, it is hard to justify the admission of any notes made by police officers, for example, at the scene of a crime or in describing the activities of the accused. These notes suffer from a serious frailty in that they really are made in contemplation of litigation and therefore have the tendency to be slanted in ways which can only be properly revealed by cross-examination of the officer. It would be unfortunate if the Crown were permitted to adduce its entire case against an accused through the notes of a police officer, notes which were made in the expectation that the officer would be testifying against the accused.

Section 55

This section, which is an attempt to incorporate the hearsay exception which has developed with respect to state-

ments against penal interest suffers from several serious defects. First of all, it is not made clear that the exception should only operate in favour of the accused. The reason for the distinction has been aptly put by Ritchie, J. in Lucier v. The Queen (1982) 65 C.C.C. (2d) 150 where he said at page 154:

"Having regard to the judgment of this Court in the Demeter and O'Brien cases, it must now be recognized that in a proper case, statements tendered on behalf of the accused and made by an unavailable person may be admitted at trial if they can be shown to have made against the penal interests of the person making them; but neither the two cases to which I have just referred nor any of the other authorities cited in the Courts below apply such rule to statements which have an inculpatory effect on the accused. On the contrary, wherever such statements have been admitted it will be found that they have an exculpatory effect. The difference is a very real one because a statement implicating the accused in the crime with which he is charged emanating from the lips of one who is no longer available to give evidence robs the accused of the invaluable weapon of cross-examination which has always been one of the mainstays of fairness in our Courts."

The other difficulty is the limited definition of "unavailable" which, in criminal proceedings, is limited to the death or unfitness by reason of physical or mental condition of the declarant pursuant to s.49(3). In principle, the declaration against penal interest should be admissible whenever the declarant is unavailable in any real sense such as a co-accused on a joint trial or a witness whose whereabouts cannot be ascertained as in R. v. Pelletier (1977), 38 C.C.C. (2d) 515 (Ont. C.A.). If, in the case of an accused in a joint trial, the Courts are not prepared to widen the exception then there should be an automatic separate trial upon request. This to me is

a fair compromise inasmuch as the decision to jointly charge is almost at the unfettered discretion of the Crown. Subsection (2) which gives the Court the power to exclude a statement where there is no other evidence tending to implicate the declarant in the matter is an extraordinary innovation. It may be that the only evidence is in the declaration itself and surely it can be left to the trier of fact to determine what weight to attach to the statement against penal interests when it is unsupported by any other evidence. It should be remembered that in cases where the accused relies on a statement against penal interest, there may be no other evidence implicating the declarant because he was not fully investigated by the authorities, who, rather, have concentrated their efforts in gathering evidence to implicate the accused. Another problem with this section is the requirement that the statement be to the declarant's "immediate prejudice". This is a difficult concept to determine but may have the effect of eliminating all those declarations against penal interest except those made to police officers. Surely, once again, the trier of fact can be trusted to give the appropriate weight to a statement against penal interest made to a friend or acquaintance of the accused. The trustworthiness of the declaration is in the fact that it is against the interest of the declarant to make it. The fact that it is made to a friend or acquaintance only goes to the weight with which the jury may attach to it but does not touch the inherent reliability of the statement. The person to whom the declarant made the statement is present in Court and available for cross-examination by the Crown and the trier of fact will be in a position to determine whether or not the person has concocted the statement to assist the accused.

Section 62

This is a curious provision for while it seems to incorporate the res gestae exception to the hearsay rule, a specific exception is made for an accused person in subsection (2) in that a self-serving statement made by an accused is not admissible in evidence unless the accused testifies. In the result, the accused is singled out for special treatment and yet by virtue of section 64, the Crown is not even required to establish that such a statement is voluntary. One might wonder what the philosophical basis for section 62(2) was. This can be found in the comment by the Task Force:

"But a majority of the Task Force feels that the Graham and Risby cases allow a professional criminal in a possession case, to concoct an explanation of the illicit possession in anticipation of arrest, give it to the investigating police officer on apprehension, and later, at the trial, introduced the explanation through cross-examination of the officer. By this device the accused is able to introduce his explanation without taking the stand. In the Task Force's view, an accused's out-of-Court statement in such circumstances, it is unlikely to be trustworthy, unless the accused testifies under oath and subject to cross-examination in support of it."

Leaving aside the presumption of innocence which seems to have been of only passing interest to the Task Force, I think it is worth considering the following ramifications. They have not abolished the doctrine of recent possession, that is, that in the absence of an explanation an accused found in possession is presumed to know the goods were stolen and yet there would not now be any obligation on the Crown to lead the explanation and the defence cannot lead it from the police officer who heard it as is currently the law. The effect is

that the jury is left with the impression that the possession is unexplained even though, in fact, an explanation was given. Further, the way that this section is worded, the accused realistically cannot even confirm that the explanation was given by cross-examining the police officers since the opportunity to adduce the explanation will only arise once the accused has testified and by that time, the Crown will necessarily have closed its case and the opportunity to adduce the explanation through the police officers and confirm that it was given will have been lost. The rationale that the Courts would be at the mercy of the professional criminal seems somewhat hollow inasmuch as s.31 still permits the Crown to lead evidence on a possession of stolen goods case that stolen goods were found in the accused's possession on previous occasions and to lead evidence of his previous conviction for similar offences. One would have thought that this would take care of the so-called professional criminal.

Section 63

The provisions of the Act concerning the admissibility of statements of an accused also contains some serious difficulties. To begin with, in s.63 the fact that they have found it necessary to codify "voluntary" seems unfortunate particularly since in the last few years the law was on the whole developing in a satisfactory manner. The definition of "voluntary" in s.63 is unnecessarily restrictive and an attempt to freeze the development of the law and a point immediately prior to the important cases of Horvath and Ward in the Supreme Court of Canada. Section 63 is, in effect, an attempt to codify the rule in Ibrahim and proceeds from a serious misunderstanding by the Task Force that the Supreme Court of

Canada in the cases that have been referred to above, was not departing from the strict Ibrahim rule. While there may be no consensus between the writers of the two majority judgments in Horvath it is surely clear that the Ibrahim rule is not limitative. The point is made by Justice Spence in Horvath as follows:

"It is my strong opinion that Ibrahim and the many cases which followed have not and need not to have reduced the words "free and voluntary" in the test as to the admissibility of a statement made by the accused to only meaning that the statement has not been induced by any hope of advantage or fear of prejudice, and it is my view that a statement may well be held not to be voluntary, at any rate, if it has been induced by some other motive or for some other reason than hope or fear. It is for that reason that I shall examine a review of the cases which I think have given rise to this view that the word "voluntary" has such a narrow and confined meaning."

and by Mr. Justice Beetz in the following:

"It cannot be limitative since the rule is a Judge made rule and anything said by a Judge beyond what is necessary to decide the issue is obiter. Furthermore, the principle which inspires the rule remains a positive one; it is the principle of voluntariness. The principle always governs and may justify an extension of the rule to situation where involuntariness has been caused otherwise than by promises, threats, hope or fear, if it is felt that other causes are as coercive as promises or threats, hope or fear and serious enough to bring the principle into play."

The definition in s.63 overlooks the concept of oppression brought about by the conduct of police officers which may not, however, constitute fear or hope. In summary, it is highly undesirable to freeze a development of the law in this area particularly when the impact of s.10 of

the Charter is unknown in the area of admissibility of confessions at this point in time and when in Canada we still have not formulated a concept similar to the Judges' rules as they have in England.

Section 64

This section overrules a number of cases which have held that the burden of proof of voluntariness is proof beyond a reasonable doubt. It is hard to justify a burden of proof less than a proof beyond a reasonable doubt since what results is that a statement will be admissible if it was probably voluntary even though it is not proved to be voluntary beyond a reasonable doubt. One would have thought that at the very least, some attention would have been paid to what Mr. Justice Kaufman, the leading expert in the area had to say:

"Let it be said at once that the burden is not a light one. It is not a burden which can be discharged on a balance of probabilities, nor is it a burden which is necessarily met by presenting proof beyond a reasonable doubt, although some of the more recent cases suggest this. It is, as was said in Leigh, a question of satisfying the trial Judge that a statement was free and voluntary. To do this, the Crown must place before the Court all the surrounding circumstances, "and if, after reviewing them, he (the trial Judge) is not satisfied, of the voluntary nature of this statement it should be rejected". It is a question "of law and depends upon the facts proven in evidence and the totality of the surrounding circumstances", and "the opinion of persons in authority is...totally irrelevant". In a recent Supreme Court of Canada case, Hobbins v. The Queen the following passage sums up the objection both to this section and to section 63 when Chief Justice Laskin said "in this respect, it does not, of course, matter that the police did not commit any illegality of the circumstances of the inter-

rogation, including time and place and length of interrogation, raised or should raise doubt in the trial Judge whether the statement or confession was freely and voluntarily given".

Section 72

This section is another attempt to partially codify the other ruling in Wray v. The Queen. While on the face of it it appears to alleviate against some of the harshness of the Wray rule which had held that that part of the confession which is confirmed by the finding of the subsequent evidence was admissible, the difficulty is that the way the matter is worded the jury would be under the impression that the knowledge as to the finding of, for example, the murder weapon came from the accused even though if the jury were given the actual words of the statement that might reveal that that knowledge was acquired by the accused from some other source and is not necessarily reflective of the fact that the accused himself put the weapon in the place where it subsequently found. In fairness, therefore, it would seem that some modification is necessary to section 72 even if merely to the extent of making it clear that where the statement of the accused indicates that his knowledge as to the place where the evidence was found is acquired from some other source that too must be revealed to the jury.

Section 81

The series of sections dealing with alibi evidence and in particular, requiring the accused to give notice of an alibi have been sections which have attracted some of the most adverse comment. It may well be that the concept of notice is in itself not unreasonable and in fact a similar system has been adopted in the United Kingdom. On the other hand, the system adopted by this Act appears to have some serious flaws even accepting the concept of notice.

Section 82

One of the most serious problems is the requirement in this section requires that the accused give notice at the "first reasonable opportunity". It is now recognized by a series of cases in various provincial appellate courts, see for example Regina v. Mahoney (1979), 50 C.C.C. (2d) 380 (Ont. C.A.), that the purpose of an accused giving notice to the prosecutor of the facts of his alibi are to permit the police to investigate the alibi. This purpose is borne out by the provisions of the Act thus section 82 requires the prosecutor to give notice of the results of an investigation of the alibi. Accordingly, rather than require that the notice be given at the first reasonable opportunity, a better practice would be to require that the notice be given at a time sufficiently removed from the trial to permit a proper investigation. The concept of the "first reasonable opportunity" is a difficult one particularly where an accused may be unrepresented or less than candid with his counsel or for any number of reasons. It makes much more sense that if notice is to be required that it simply be based on the underlying purpose for the rule rather than some artificial standard such as "first reasonable opportunity".

Section 83

The rationale of the requirement of first reasonable opportunity is carried through in this section that the Court is permitted to comment on the weight to be given to the alibi if notice was not given at the first reasonable opportunity. Simply to repeat, it is surely sufficient that the Crown has been given sufficient opportunity to investigate the alibi. Particularly since the accused, upon being arrested, is usually informed that he has the right to remain silent, it seems somewhat inconsis-

tent to penalize him by an adverse comment because he has exercised that right and not revealed his alibi at the first reasonable opportunity, that is when he was first arrested, provided that no harm has been done to the prosecution where they have subsequently been given the terms of the alibi in sufficient time to investigate it.

Section 85

Of particular concern is this section which prevents an accused from adducing evidence of an alibi except with the leave of the Court upon cause being shown where he has not given notice of his alibi evidence within 7 days following a committal for trial in proceedings by way of indictment. An accused may or may not have good reasons for deciding not to reveal the terms of his alibi and while it is one thing to comment on the failure to adduce the evidence of the alibi in sufficient time for the prosecution to be able to do a complete investigation, it is quite another to, in effect, deny the accused the ability to make full answer and defence by denying him the right to adduce evidence of alibi. This kind of provision could well run afoul of the Charter of Rights guarantees in s.11 to a fair hearing and the guarantees to the principles of fundamental justice in section 7 of the Charter. Although apparently the British experience is that no accused has ever been prevented from adducing alibi evidence notwithstanding the failure to comply with the notice provisions, I think this simply makes the argument that the provision is not only unnecessary but an unjustifiable infringement on the accused's rights. I can see no possible reason why an accused should have to justify for anyone why he chose not to reveal a defence no matter what that defence. Certainly

there has been no demonstration that fabricated or concocted alibis revealed at the last moment have been a serious problem in our present system of justice and I would think that in the absence of that kind of evidence there is no possible justification for this kind of system.

Sections 101 & 102

This is an infringement on the right of counsel, and will result in the judge taking the place of the advocate.

Section 104

In my view, this is a totally unnecessary provision. An accused should not be hampered in his ability to make full answer and defence because his counsel has failed to properly prepare and has thus not put all the allegations to the particular complainant. This provision also seems to suffer from vagueness, in particular, what does the phrase "any other appropriate measure provided by law" mean. It must obviously mean something other than a mere comment and the inference is that perhaps the Court would be entitled to exclude the evidence, even the accused's own testimony. I think this is highly undesirable at least in a criminal case. The section harks back to the much criticised decision of Mr. Justice Haines in Regina v. Jackson and Woods (1974), 20 C.C.C. (2d) 113 (Ont. C.A.).

Section 108

Once again, the accused has been singled out for special treatment. Why should it not be that any party may suffer the adverse comment as to the weight to be given to his confirmatory evidence.

Section 120

This section permits the use of previous inconsistent statements for their truth and not merely for their credibility in certain circumstances. One weakness I see in the provision is in paragraph (b) which permits the use of a statement made under oath or solemn affirmation and the witness was subject to cross-examination. I think at the very least it should be made clear that the witness was subject to cross-examination by the party against whom the witness is testifying. In other words, it would not be fair to tender against an accused a previous statement made by a witness on a previous occasion albeit when the witness was under oath if the accused had not had an opportunity to cross-examine the witness on the previous occasion.

Section 123

This section represents a compromise between the present section 12 of the Canada Evidence Act which permits cross-examination of any previous conviction and the British position which allows cross-examination on a prior criminal record only in certain circumstances. I see several problems with the compromise that has been adopted. First of all, it permits the cross-examination of a witness on a previous discharge. Comments made earlier concerning the use which should be made of discharges I think applies particularly with respect to this provision. I think it very unfair for an accused or a witness to be cross-examined on an offence for which he has received a discharge and for which he believed he did not believe have a criminal record. As well, the provision permits a cross-examination on a conviction outside of Canada. At the very least, the distinction referred to in R. v.

Stratton (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (Ont. C.A.) should be maintained whereby it was held that it may be that if the circumstances surrounding the conviction in another jurisdiction were so oppressive then the Judge would be justified in ruling that the adjudication was not a conviction at all for the purposes of cross-examination on a prior criminal record. The other concern is to permit unlimited cross-examination on prior convictions which include "fraud" as an essential element. This to me is an extremely loose concept. Another problem is that it is not clear from the section that the accused's own counsel can elicit his prior criminal record and obviously he should be entitled to do so if he so desires and not leave it to have the Crown bring the criminal record in cross-examination. Finally, once again, it is my view that convictions which are under appeal at the time of the trial should not be considered convictions for the purpose of permitting cross-examination. Finally, I think it should be made clear that convictions by an accused, at least, when he was a juvenile should not be considered within the scope of this provision. I think most people are or were under the impression that a juvenile record was sealed once the person became an adult having regard to the philosophy underlying the Juvenile Delinquents Act. This is a minimal amendment at least in the case of an accused who is testifying at his own trial.

Section 125

This section represents a trend which began with the rape amendments in the 1970's which had eliminated corroboration for many offences and which has lately culminated in the decision of the Supreme Court of Canada in Vetrovec and Gaja in which the common law doctrine of corroboration

was eliminated with respect to inter alia accomplices. Generally speaking one can agree that corroboration should not be a mandatory requirement for most offences or most witnesses. There are however, in my view, two areas where corroboration should be required for very important policy reasons. The first is in a charge of perjury. In my view, it is absolutely essential that the requirement of corroboration be maintained in a prosecution for perjury. We have noticed in several jurisdictions an increasing tendency by Crowns to use perjury as a weapon to keep accused persons out of the box and to prevent them from making full answer and defence particularly where their defence involves an allegation of mistreatment against the police. In many jurisdictions every time an accused testifies on a voir dire or during his trial that he was mistreated by the police the prosecution will lay a perjury charge provided there is some corroboration. In other words, the requirement of corroboration is the only thing which prevents the prosecutors from laying charges of perjury in every case where an accused testifies and is disbelieved by the trier of the fact. In my view to remove the corroboration requirement in the case of perjury would have a chilling effect on the ability of an accused to make full answer and defence. Even in the situation where it was just his word against a police officer, nine times out of ten the police officer's word would be accepted and he would then be exposed to a charge of perjury. I think this is a very unwelcome development. The other area which I think is of concern is the question of testimony by unsworn children. Particularly with the expansion of the categories of compellable witnesses to include spouses where the complainant is of tender years, the necessity for doing away with the

corroboration requirement has lessened to a considerable degree. I think that the danger from improper convictions on the uncorroborated evidence of young children is serious enough that the corroboration requirement should be maintained. In many cases we are talking about children of very young age who may have little, if any, grasp of the seriousness of the occasion and the need to tell the truth and one can foresee the possibility of serious miscarriages of justice if their testimony alone were permitted to convict an accused.

Section 153

The business record provisions have been substantially modified and simplified but I think there are at least two problems with the provisions as they are set out in the Act. First of all, I think the requirement that a business record is not admissible if it was made in contemplation of litigation should be maintained. The guarantee of trustworthiness arising from business records is that they are made in the usual and ordinary course of business in a sense that they are routine records which no one has a motive to falsify and which are relied upon by the business. Even where it is the usual and ordinary course of business to prepare certain records in contemplation of litigation, this guarantee of trustworthiness is lost. The other problem I see is that business records which themselves contain hearsay would be admissible. There seems to be no good justification for permitting this kind of double hearsay to be admitted. The protection provided by a record which is made in the usual and ordinary course of business does not apply to a record which simply contains someone else's statement unless that statement as well was

made in the usual and ordinary course of business in which case it would be admissible in its own right.

Section 163

This provision permits the use of previous testimony by a witness which would include an accused notwithstanding that the witness thought that he had the protection of the Act and presumably s.13 of the Charter of Rights. While the admissibility is limited solely to challenging his credibility, this to me is a very fine distinction and really begs the question since if an accused is putting forth the defence, his credibility is an integral part of that defence and anything that damages his credibility is really incriminating him. In that sense it is my view that a very strong argument could be made that the section as presently worded violates s.13 of the Charter of Rights and would therefore be unconstitutional.

As a whole, the proposed Act will radically revise the adversary process, changing it to an inquisitorial one. Without intending any personal criticism, it must be noted that the criminal defence bar was entirely unrepresented on the task force. This is to be deplored, as it has narrowed the perspective from which the legislation was drafted. It is to be hoped that further study can be given to the proposed legislation in order that a broader representation from the practising bar can participate in the drafting of this important legislation.

APPENDICE «65-A»

ASSOCIATION CANADIENNE DES PAIEMENTS

MÉMOIRE PRÉSENTÉ AU

COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT
DES AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

PROJET DE LOI S-33
LOI FÉDÉRALE DE 1982 SUR LA PREUVE

TABLE DES MATIÈRES

1. L'Association canadienne des paiements
2. Transactions financières par chèque au Canada
3. Méthodes actuelles et futures d'établir et de maintenir des "documents"
4. Domaines de préoccupation
5. Évolution du droit
6. Le projet de loi
7. L'anomalie
8. Recommandations

PROJET DE LOI S-33

LOI FÉDÉRALE DE 1982 SUR LA PREUVE

1. L'Association canadienne des paiements

L'Association canadienne des paiements ("ACP") est heureuse de présenter ce mémoire au Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. Le processus de révision des lois sur la preuve au Canada est important en raison des retombées qu'elles ont sur la conduite des affaires des particuliers et des entreprises. Nous sommes heureux de l'occasion qui nous est donnée de contribuer à ce processus de révision.

Le Parlement a créé l'Association canadienne des paiements au moment du remaniement de la législation bancaire en 1980, et lui a confié le mandat "d'établir et de mettre en oeuvre un système national de compensation et de règlement et de planifier le développement du système national de paiement" (fonction qui appartenait jusque-là à l'Association des banquiers canadiens). L'ACP a maintenant 123 institutions financières membres, dont la Banque du Canada, chaque banque à charte, des compagnies fiduciaires et de prêt, des centrales de coopératives de crédit et d'autres institutions de dépôt, comme les Treasury Branches de l'Alberta.

2. Transactions financières par chèque au Canada

En 1981, le volume d'effets de paiement passés par le système national de paiement a dépassé 1.5 milliards d'effets, d'une valeur supérieure à 3 trillions de dollars. Environ 80%, en valeur, de tous les paiements effectués au Canada le sont par chèque et le système national de paiement traite chaque semaine quelques 30 millions de chèques.¹ Pour traiter d'aussi vastes volumes et assurer l'efficacité du système national de paiement, les institutions financières ont dû automatiser le traitement des transactions et la création des "documents" de ces transactions. Aujourd'hui, à peu près tous les "documents professionnels" des institutions financières du Canada sont produits par ordinateur.

3. Méthodes actuelles et futures d'établir et maintenir des "documents"

Le premier pas vers l'automatisation fut la mise au point de l'encodage à l'encre magnétique dans les années 1950 et l'élaboration de matériel ultrarapide de reconnaissance et de tri, capable de saisir les renseignements codés à l'encre magnétique. Les numéros codés apparaissent en bas et à gauche de presque chaque chèque émis au Canada.

Vint ensuite le transfert de nombreuses fonctions de comptabilité des succursales à des centres de calcul régionaux pour traitement informatique. À la fin de chaque jour ouvrable, les succursales envoient des liasses de chèques et d'autres effets de paiement par messenger à des centres de calcul, où elles sont traitées par lots. Les centres de calcul traitent les effets et les remettent aux institutions à qui ils sont destinés. Chaque

1. Sans compter les effets "internes", où le tireur et le bénéficiaire ont leurs comptes auprès de la même institution.

jour, avant même d'ouvrir ses portes, chaque succursale d'une institution financière reçoit une liasse des effets tirés sur elle la veille. Elle débite et crédite les comptes sur la foi des renseignements fournis par le centre de calcul (qui sont transmis électroniquement ou par voie de bande magnétique), plutôt que sur la foi de la production de l'effet même.

Une autre étape d'évolution a été le passage de l'utilisation exclusive de systèmes de traitement en lots à des systèmes intégrés où les soldes des comptes des clients sont rajustés au moment de la transaction. L'élaboration de systèmes intégrés a constitué la première interface directe entre le client d'une institution financière et ses ordinateurs.

Plus récemment, des systèmes de transfert électronique de fonds, comme le dépôt direct, les paiements préautorisés, et les guichets ou caisses automatiques ont commencé à voir le jour: ces dispositifs permettent aux clients d'effectuer leurs transactions financières sans avoir à se rendre à une succursale, ou encore en dehors des heures normales d'affaires.

Dans le cas des dépôts directs, les paiements sont déposés au compte du bénéficiaire suivant des instructions de paiement codées sur bande magnétique. Il n'y a pas de papier.

Le système de paiements préautorisés permet aux particuliers d'effectuer des paiements par débit direct de leur compte et transfert électronique au compte du bénéficiaire (comme une compagnie d'assurance ou une institution de prêt hypothécaire). Ce mode de paiement élimine également la nécessité de transmettre des justificatifs papier ou des chèques entre institutions ou particuliers.

Les guichets automatisés permettent aux clients d'effectuer la plupart de leurs transactions financières, y compris les paiements de factures, sans entrer dans la succursale où ils ont leur compte. Il y a environ 2,000 de ces machines en service au Canada aujourd'hui. Dans une transaction sur guichet automatique, le client commande le traitement et reçoit un justificatif papier confirmant la transaction qu'il a ordonné à la machine d'effectuer.

La restriction du chèque est une autre innovation qui vise à réduire le volume de papier. Le chèque "restreint" est conservé par l'institution où il est présenté plutôt que d'être remis à la succursale sur laquelle il est tiré ou d'être renvoyé au tireur. Les données du chèque sont transmises électroniquement au centre de calcul de l'institution du tireur, puis renvoyées à la succursale du tireur, mais le chèque même demeure à l'institution où il est présenté.

Les années 1980 marqueront la généralisation des paiements de factures par téléphone, de l'usage des cartes de débit dans des terminaux point de vente chez les marchands mêmes et des transactions bancaires à domicile, par le biais de la télévision.

4. Domaines de préoccupation

Chacune des innovations dont nous venons de parler avait pour objet de réduire ou d'éliminer le volume de "documents" papier. Compte tenu de cette tendance, et compte tenu du volume des transactions et de leur importance, nous soutenons qu'il est essentiel que les lois de la preuve tiennent compte de l'utilisation de l'ordinateur.

L'ACP se préoccupe en particulier de trois choses:

Premièrement, la création de "documents" de transactions qui, au moment de leur création, ne sont pas immédiatement intelligibles - en particulier par le recours aux ordinateurs (par ex., le dépôt direct à partir d'instructions consignées sur bande magnétique).

Deuxièmement, la destruction des "documents" de transactions qui, bien qu'intelligibles au moment de leur création, sont par la suite détruits et remplacés par de nouveaux "documents", sous une forme différente, par le versement, dans un système informatique, de l'information contenue dans les documents intelligibles ou par le recours au microfilm et à des techniques semblables de reproduction (par ex., la restriction du chèque).

Troisièmement, la recevabilité, et la force probante, des documents des deux types décrits ci-dessus lorsqu'ils sont présentés au tribunal soit sous une forme non intelligible au moment de la création du document, soit sous une forme entièrement différente.

5. L'évolution du droit

Le problème essentiel pour la plupart des documents, y compris les documents professionnels, c'est qu'ils constituent du "ouï-dire" et que leur recevabilité en preuve signifie que le tribunal doit accorder foi à une preuve de seconde et de troisième main qui n'est pas donnée sous serment, qui ne peut habituellement pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire, et dont la valeur ou la force probante peut être contestée par un témoignage de vive voix. Le droit commun a, au fil des ans, défini de nombreuses exceptions à la règle du ouï-dire que le droit commun avait lui-même créée. Voici certains des critères établis par le droit commun pour la recevabilité des documents professionnels.

(i) le document que l'on veut déposer doit avoir la même forme qu'au moment de sa création;

(ii) la personne qui a créé le document doit avoir eu personnellement connaissance des faits qu'elle consignait;

(iii) le document doit avoir été créé en même temps que la transaction qu'il consigne;

(iv) la personne qui a créé le document doit être décédée;

(v) la personne qui a créé le document doit avoir été tenue de le faire de par sa fonction et doit avoir créé le document dans l'exercice de sa fonction;

(vi) le document doit avoir été créé dans "le cours ordinaire des affaires", pour empêcher le dépôt en preuve de documents de stricte convenance;

(vii) la personne chargée des documents doit être personnellement présente pour les authentifier;

(viii) lorsque les documents sont sous une forme différente de celle de leur création initiale, il faut faire la preuve de la continuité;

(ix) lorsqu'un document a d'abord été créé sous une forme qui n'était pas immédiatement intelligible, la base de la création, et la mécanique et les techniques de création du "document" doivent être divulguées complètement et la partie adverse doit avoir pleine possibilité de procéder à un contre-interrogatoire sur la méthode de création et de tenue des documents.

Les lois comportent aussi des exceptions à la règle du ouï-dire. Depuis très longtemps, les documents des institutions financières du Canada ont fait l'objet d'un texte spécial qui en régit la recevabilité en preuve. L'article 29 de la Loi sur la preuve au Canada assujettit aux conditions suivantes la recevabilité des documents professionnels des institutions financières.

(i) que le livre ou registre était, lors de l'inscription, l'un des livres ou registres ordinaires de l'institution financière;

(ii) que l'inscription a été effectuée dans le cours ordinaire des affaires;

(iii) que le livre ou registre est sous la garde ou la surveillance de l'institution financière;

(iv) que la copie du livre ou registre que l'on veut déposer en preuve est une copie conforme; et

(v) dans le cas d'un document produit par ordinateur, à moins que le tribunal ne considère le document comme un "original"¹, il faut faire la preuve préalable de la fiabilité du système informatique.²

L'étude de l'évolution du droit de la preuve, que ce soit en droit commun ou dans des lois particulières, démontre clairement que la recevabilité des documents a évolué selon l'importance

1. R. v. Bell et Bruce (1982) 35 O.R. (2d) 164.

2. R. v. McMullen (1978) 100 D.L.R. (3d) 671.

que notre société accorde aux documents. Les exemples de cette évolution sont multiples, depuis la preuve de décrets du Conseil dont la production même les rend recevables, jusqu'aux documents publics. Au-delà de l'importance des documents, dont la recevabilité est facilitée, il y a la notion souvent imprécise de fiabilité, ou d'authenticité. Selon notre expérience commune, il semble que plus le document est important, plus il a de chances d'être exact. C'est pourquoi les documents des institutions financières ont toujours joui d'un statut particulier en matière de recevabilité.

6. Le projet de loi

Nous croyons que le projet de loi S-33 ne tient pas tout à fait compte des progrès actuels et à venir de la technologie, ni de la nécessité de concevoir une méthode efficace selon laquelle les documents des transactions financières des Canadiens doivent être mis en preuve devant les tribunaux; il vise essentiellement à appliquer les règles régissant les documents originaux "en clair", et leurs copies, à une technologie qui les a dépassés.

Nous avons certaines préoccupations précises.

A. L'art. 2 définit "document" en termes généraux, mais il semble y avoir un conflit lorsqu'on examine l'art. 130 du projet de loi en parallèle avec l'art. 133, qui a trait à la production de "doubles" - le tout en l'absence de toute définition de "copie". La lecture de l'art. 130 c) sous l'éclairage de l'art. 133 (2) fait ressortir l'absence de définition de ce qui sera traité comme un double ou une copie et ne permet pas de voir le motif de cette distinction à la lumière de la définition large de "document". En voulant régler le problème du ouï-dire, les rédacteurs du projet de loi semblent s'être étouffés dans leur propre filet.

B. L'article 155 impose une double obligation au tribunal : déterminer suivant les mêmes critères (i) la recevabilité d'un document qui lui est soumis, et (ii) la force probante du document. Nous sommes d'avis qu'il est difficile d'obliger un tribunal à décider de la force probante d'un document qui lui est soumis en l'examinant, tout en l'obligeant à en déterminer la recevabilité. C'est particulièrement vrai lorsque la recevabilité est exclusivement une question de droit pour le tribunal, alors que la force probante est une question de fait pour le juge. Il y a une obligation de créer pour la personne qui propose le document en vertu de l'art. 155 (2). À la lumière de la technologie moderne, on peut se demander s'il est même possible de connaître et de produire le "dépôt de ce document". Effectivement, l'une des caractéristiques les plus importantes de la conception même des systèmes informatiques dans les institutions financières est la "ségrégation des tâches", qui assure que personne n'a seul le contrôle du système.

C. L'art. 157 (1) du projet de code érige en principe général qu'"un document professionnel d'une institution financière fait preuve, sauf preuve contraire, de tout élément, transaction ou compte qui y est inscrit". Mais cette disposition semble venir en conflit avec l'art. 155. Si l'art. 157 (1) doit l'emporter sur l'art. 155 (1) (et c'est le cas, à notre avis), le projet de loi doit l'indiquer clairement. Autrement, les documents des institutions financières pourront perdre le statut particulier dont ils jouissent traditionnellement, dans le cas des documents produits par ordinateur, en raison de la possibilité que le tribunal exige la preuve préalable en vertu de l'art. 155 (1). Cela serait également incompatible avec l'art. 154. L'exactitude présumée des documents des institutions financières est clairement précisée par la loi, à l'art. 154, selon lequel "tout document professionnel qui ne contient aucun renseignement sur une chose dont on peut normalement s'attendre à trouver la survenance ou l'existence

consignée dans ce document ... dans le cas d'un document professionnel détenu par une institution financière ... fait preuve que la chose en question ne s'est pas produite ou n'existe pas." Si nous sommes disposés à légiférer que l'absence d'un document que l'on pourrait normalement s'attendre de trouver prouve que l'événement non consigné n'est pas survenu, nous devons, pour être logiques, définir les critères de recevabilité d'un document, que ce soit pour faire la preuve pour ou contre de la chose en question, ou, éliminer entièrement ces critères. De plus, nous sommes inconséquents lorsque nous ordonnons au tribunal d'examiner le document pour déterminer à la fois sa recevabilité et sa force probante. Nous soutenons qu'il n'y a pas lieu d'exiger la preuve préalable à l'égard des documents des institutions financières.

7. L'anomalie

En bref, on peut exprimer notre préoccupation actuelle dans les termes suivants: la fiabilité des documents des institutions financières pourrait être reconnue par l'art. 157 du projet de loi. Cela serait conforme à l'expérience de notre droit et de nos institutions financières. Cette conclusion admise, nous avons créé des conditions préalables pour la recevabilité de cette preuve qui ne sont pas pleinement définies dans le projet de loi proposé et nous avons en même temps obligé nos tribunaux à mêler des questions de droit (recevabilité) avec des questions de fait (force probante) - puis avons assorti le tout de règles de recevabilité - permettant ainsi la preuve préalable par affidavit ou témoignage - en l'absence d'une définition claire de "preuve préalable".

8. Recommandations

Il nous semble que, sous réserve de certaines garanties sur lesquelles nous reviendrons plus tard, il serait préférable de déclarer qu'un document intelligible produit sous la signature

d'un agent d'une institution financière, selon la définition du projet de loi,

- (i) est un document original relativement à la transaction;
- (ii) est recevable et fait preuve de la transaction; et
- (iii) en l'absence de preuve contraire, atteste en droit de l'exactitude des renseignements qui y sont contenus.

Il faudra évidemment certaines garanties.

Tout d'abord, les sanctions prévues par la loi. Nous sommes d'avis qu'en éliminant les dispositions relatives aux critères et en permettant la production des documents des institutions financières sous la signature d'un agent de l'institution, nous faisons une codification du droit dans le bon sens. Nous dirions donc que les sanctions prévues par la loi doivent s'appliquer, et que la mise en preuve d'un document sous la signature d'un agent, au sens où nous l'avons décrit, devrait entraîner, de par la loi, les sanctions qu'appellent les faux témoignages. Plus particulièrement, nous croyons que le certificat de l'agent doit indiquer que l'agent en cause est conscient que sa signature équivaut à une déclaration assermentée.

En second lieu, nous n'ignorons pas les possibilités d'erreurs de la part des opérateurs d'ordinateurs, de caméras, de magnétophones, de disques, peut-être même de lasers, mais les machines elles-mêmes font très peu d'erreurs. Il y a toujours eu des erreurs dans les documents produits à la main, mais étant donné que, dans de nombreuses applications informatisées, les transactions sont effectuées et consignées simultanément, les possibilités d'écart entre ce qui s'est passé et ce qu'indique le document se trouve sensiblement réduites. Compte tenu de la

viabilité de notre première proposition, nous croyons que les documents soumis en preuve par les institutions financières ne devraient pas être recevables autrement que par la méthode proposée ci-dessus et qu'en outre ils ne devraient être recevables qu'après un avis raisonnable et généreux donné à toute autre partie intéressée, et accompagné de la preuve même qui sera présentée.

En troisième lieu, nous croyons que si l'autre partie conteste l'exactitude du document, il devrait appartenir au tribunal de peser l'ensemble de la preuve, compte tenu des présomptions établies aux art. 157 et 154.

Il n'échappera pas à l'attention des membres du Comité que notre première recommandation permettrait à un agent d'une institution financière de modifier la forme d'un document. Mais la question même qui nous intéresse découle de la forme changeante des documents. S'il faut admettre le oui-dire dans des cas où il est fondamentalement fiable, il faut faire de même du double, triple ou quadruple oui-dire, dont le projet de loi devrait reconnaître la fiabilité.

Autrement, selon nous, il faudra chercher à établir des critères détaillés que le progrès technologique pourrait vite rendre périmés. En outre, nous croyons qu'en tirant des distinctions legalistes à l'égard des niveaux de oui-dire on ne fait qu'ajouter à la confusion et à l'artificialité, plutôt qu'à la clarté et à la rigueur de la loi.

Nous vous sommes reconnaissants de cette occasion de porter à l'attention de votre Comité les problèmes de preuve qui sont issus de l'évolution de la technologie, et, espérons-nous, d'aider à les résoudre.

APPENDICE «65-B»

Mémoire présenté par
l'Advocates' Society au Comité sénatorial permanent
des affaires juridiques et constitutionnelles

au sujet du

projet de loi S-33, Loi fédérale de 1982 sur la preuve
portant sur les procédures criminelles

Le 5 mai 1983

1982-1983MEMBRES DU BUREAU

Président	K.E. Howie, c.r.
Premier Vice-président	J.P. Nelligan, c.r.
Second Vice-président	Bert Raphael, c.r.
Troisième Vice-président	G.W. Hately, c.r.
Trésorier	J.H. Holding, c.r.
Secrétaire	T.J. O'Sullivan

ADMINISTRATEURS

M.G. Appel	T.J. Lockwood, c.r.
B.D. Brown, c.r.	J.A.B. Macdonald, c.r.
H.J. Daniel, c.r.	C.M. MacIntyre, c.r.
D.H. Dixon	W.H.P. Madorin, c.r.
D.G. Duke, c.r.	L.R. Morin, c.r.
H.H. Elliott, c.r.	F.R. Moskoff, c.r.
E.E. Frank	J.P. Nelligan, c.r.
B.L. Gluckstein, c.r.	T.J. O'Sullivan
E.L. Breenspac, c.r.	Bert Raphael, c.r.
B.A. Grosman, c.r.	Moishe Reiter, c.r.
G.W. Hately, c.r.	D.H. Rogers, c.r.
J.D. Holding, c.r.	C.F. Scott
K.E. Howie, c.r.	J.C. Simmons
W.A. Jenkins, c.r.	G.A. Simpson, c.r.
C.A. Keith, c.r.	M.E. Sullivan, c.r.
S.E. Lang	S.M. Tick, c.r.
J.I. Laskin	C.R. Thomson, c.r.
R.B. Lawson, c.r.	R.D. Yachetti, c.r.

ANCIENS PRÉSIDENTS

J.J. Robinette, c.r.	Juge R.F. Reid
Juge R.S. Montgomery	Juge P. deC Cory
W.B. Williston, c.r.	Juge W.D. Griffiths
C.F. McKeon, c.r.	Arthur Maloney, c.r.
P.B.C. Pepper, c.r.	H.G. Chappell, c.r.
W.S. Wigle, c.r.	Juge J.J. Fitzpatrick
E.A. Cherniak, c.r.	Juge J.W. O'Brien
T.H. Rachlin, c.r.	

DIRECTRICE GÉNÉRALE

Helen Halchuk

OBJECTIONS AU PROJET DE LOI UNIFORME SUR LA PREUVE

Les remarques qui suivent se rapportent à la plus récente version de la Loi uniforme sur la preuve, qui est maintenant le projet de loi S-33 et qui a franchi au Sénat l'étape de la première lecture le 18 novembre 1982. Le projet de loi S-33 reprend surtout la version définitive de la Loi uniforme sur la preuve approuvée par les commissaires à l'uniformisation, mais on y trouve aussi des modifications qui semblent être le fait d'une intervention unilatérale du gouvernement fédéral. Au cours de l'été 1982, le gouvernement fédéral a fait savoir qu'il apportait des changements à la version définitive de la Loi uniforme sur la preuve approuvée par la Conférence de l'uniformisation du droit, de manière à la rendre conforme aux dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés. Le texte qui suit se veut une étude de certains articles dont nous contestons le bien-fondé. Autrement dit, nous ne nous sommes nullement préoccupés ici d'examiner les articles qui ne soulevaient aucune objection. Par contre, si nous étions appelés à faire un exposé devant le Comité sénatorial, il y aurait peut-être lieu de porter à l'attention du Comité les articles que nous considérons comme valables.

Article 12

Aucun raisonnement ne saurait justifier de faire porter à l'inculpé le fardeau de la preuve légale des exceptions, excuses, exemptions, justifications, conditions ou réserves expressément prévues par un texte législatif, pour une infraction donnée, en faveur d'un inculpé. Bien qu'il en soit ainsi pour les jugés sur déclaration sommaire de culpabilité en vertu du paragraphe 730(2) du Code criminel, il n'y a pas de raison d'élargir l'application de cette disposition aux délits criminels, et il serait même préférable de la supprimer complètement pour les deux types de délits. Il est peut-être juste de faire porter à l'inculpé la charge de la preuve morale de certaines exceptions, notamment d'excuses qu'il serait seul à connaître, mais il n'y a aucune raison de lui imposer la charge de la preuve légale. Même si, comme il a été mentionné ci-dessus, les fonctionnaires fédéraux se sont efforcés de rendre les dispositions de la

Loi uniforme sur la preuve conformes à la Charte canadienne des droits et libertés, il se pourrait fort bien que le paragraphe 12 (1) aille à l'encontre de la présomption d'innocence prévue au paragraphe 11(d) de la Charte. Même l'exception dont il est fait état au paragraphe (2), en ce qui concerne les moyens de défense d'application générale prévus par une règle de droit, laisse subsister une certaine ambiguïté. En effet, nombre d'arguments que l'on qualifie de moyens de défense, comme la contrainte, la nécessité et même la légitime défense et la protection de la propriété, sont à proprement parler des excuses, de sorte que le paragraphe en question pourrait ne pas s'y appliquer. Cette interprétation aurait d'autant plus tendance à s'imposer que l'argument de provocation est mentionné expressément. Ainsi, dans l'affaire Regina v. Salvador, Wannamaker Campbell and Nunes (1981) 59 C.C.C. (2d) 521 (N.S.C.A.), le juge en chef de la Nouvelle-Écosse, M. McKeigan, était d'avis que l'argument de nécessité était en fait une "excuse" et qu'il pourrait donc être assujéti au paragraphe 7(2) de la Loi sur les stupéfiants, dont le libellé est semblable à celui du paragraphe 12(1) du projet de loi S-33.

Article 14

La règle établie dans l'affaire Hodge est particulièrement importante en ce qui concerne les questions d'identification et mériterait d'être conservée; autrement dit, la preuve ne doit être conforme à aucune autre conclusion rationnelle.

Article 22

Le paragraphe 1 de cet article établit la règle fondamentale de la recevabilité, c'est-à-dire que les éléments de preuve pertinents sont recevables, tandis que les éléments de preuve non pertinents sont irrecevables. On peut concevoir que l'interprétation du terme "règle de droit" puisse poser des difficultés. En l'incluant, les auteurs du projet

de loi ont sans doute voulu poursuivre la tradition de la common law, relativement à la preuve chaque fois que la Loi uniforme sur la preuve ne prévoit pas expressément le cas en question. Ainsi, comme on pourra le voir, la Loi prévoit des dispositions qui permettent expressément d'invoquer certains privilèges, notamment celui du conjoint et celui de la Couronne. Or, il me semble qu'il faudrait bien préciser que la Loi ne vise pas à supprimer le privilège prévu par la common law en ce qui concerne la relation qui peut s'établir entre l'avocat et son client. Quant au paragraphe (2), il vise à consacrer dans un texte législatif la règle énoncée dans la décision Sa Majesté La Reine c. Wray, (1970) 4 C.C.C. 1 (S.C.C.), par laquelle la Cour suprême du Canada avait limité le pouvoir discrétionnaire du juge en ce qui a trait à la recevabilité des preuves. La Cour d'appel avait, quant à elle, reconnu au juge de première instance un plus grand pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de rejeter les preuves admissibles dont la présentation serait préjudiciable à l'inculpé et ternirait la réputation du système judiciaire. Cette règle a fait l'objet de nombreuses critiques depuis que la décision a été rendue en 1970. Alors que les tribunaux tendent de plus en plus à assouplir leur procédure en élargissant la doctrine de l'abus de procédure, il est difficile de concevoir qu'on puisse vouloir bloquer l'évolution du droit dans ce domaine en adoptant la formule Wray. Ainsi, on ne saurait guère justifier le maintien d'une règle qui autorise la présentation de preuves susceptibles de ternir la réputation du système judiciaire, alors que la notion d'abus de procédure ne cesse d'évoluer. L'argument invoqué par le juge Martland dans l'affaire Wray, selon lequel la présentation de preuves pouvait avoir des conséquences malheureuses mais non pas injustes, est peut-être valable; mais il ne s'attaque pas vraiment à l'importante question concernant les preuves dont la présentation pourrait compromettre la réputation de l'appareil judiciaire ou même avoir des conséquences injustes ou oppressives. Dans sa forme actuelle, le paragraphe en question ne donne pas au juge un pouvoir discrétionnaire suffisamment large pour lui permettre de veiller à ce que le procès se déroule de façon équitable.

Bien qu'il ne soit pas souhaitable d'établir une règle qui se fonde uniquement sur l'illégalité des méthodes employées pour obtenir des preuves, on aurait intérêt à adopter une solution de compromis qui reconnaîtrait le rôle des tribunaux comme ultime arbitre dans la réglementation de la procédure juridique. Dans l'affaire Wray, le juge en chef Cartwright, s'inscrivant en faux contre la décision majoritaire, s'était reporté aux propos de M. Cross sur la preuve ainsi qu'à la décision d'un tribunal écossais relativement à l'affaire Lawrie c. Muir (1950) S.C. (J.) 19, dans laquelle Lord Cooper s'exprimait en ces termes:

Le législateur doit s'efforcer de réconcilier deux intérêts extrêmement importants qui sont susceptibles d'être en conflit: a) l'intérêt du particulier qui a le droit d'être protégé contre toute atteinte illégale ou irrégulière à sa liberté de la part des autorités, et b) l'intérêt de l'État à qui il incombe de s'assurer que les preuves relatives à une infraction qui sont nécessaires à l'administration de la justice ne soient pas refusées à un tribunal uniquement pour vice de forme. On ne saurait trop insister sur l'importance de respecter l'intérêt de l'une et l'autre parties. La protection accordée au premier vise principalement à protéger le particulier innocent contre une intervention induue, injuste et peut-être autoritaire, celui-ci ayant alors généralement la possibilité d'intenter des poursuites pour dommages-intérêts. Le but n'est pas de protéger le particulier coupable contre les efforts que déploie le procureur de la Couronne pour que justice soit faite. Par contre, l'intérêt de l'État ne saurait prendre une importance telle qu'il ferait disparaître toutes les mesures de précaution visant à protéger le particulier et inciterait les autorités à user de méthodes irrégulières."

Articles 23 à 32

Ces articles, qui sont regroupés dans la partie qui traite de la preuve de moralité, sont parmi les plus problématiques pour ce qui est d'équilibrer la protection des droits de l'inculpé et les impératifs d'un procès en bonne et due forme où puissent être présentés tous les éléments de preuve jugés recevables. Aux termes du paragraphe 24(2), la preuve de commune renommée n'est recevable que si l'inculpé a donné au procureur de la

Couronne et à tout coinceulé, au moins sept jours avant le début du procès, un préavis écrit de son intention de citer des témoins à cette fin. Pour ma part, je ne vois rien qui puisse justifier d'exiger un tel préavis et j'estime que le tribunal de première instance devrait, à tout le moins, avoir la possibilité de ne pas demander le respect de cette disposition. Il est souvent très difficile, dans un procès criminel, de décider s'il faut présenter tel ou tel élément de preuve, de sorte que la décision d'appeler l'inceulé à témoigner ou de citer des témoins pour faire la preuve de sa moralité peut très bien être prise au milieu du procès. Il semble qu'il ne soit pas dans l'intérêt de la justice d'interdire la présentation d'éléments de preuve en ce sens, d'autant plus qu'on ne donne aucune explication qui puisse justifier le fait d'exiger un préavis. La situation n'est pas la même que dans le cas d'un alibi, car il y a alors lieu d'enquêter sur le motif de défense qui est invoqué. Je pense que la plupart des avocats ont pu se rendre compte, pour en avoir fait l'expérience, que la preuve de commune renommée ne fait généralement pas l'objet d'un contre-interrogatoire de la part du procureur de la Couronne.

L'article 25 autorise la Couronne, lors de la réfutation, à présenter des preuves concernant tout élément de la moralité de l'inceulé. Cela me paraît superflu. En présentant des preuves qui visent à établir un élément de sa moralité se rapportant aux faits en cause et au procès, l'inceulé ne devait pas exposer chacun des traits de son caractère à des attaques. Pour assurer la pertinence des faits au cours du procès, ne serait-il pas préférable d'élaborer un règle qui viserait seulement l'élément de moralité que cherche à établir l'inceulé? De plus, je crois qu'il faudrait supprimer dans l'alinéa 25(3)(c) la mention "mise en liberté". En théorie, un tribunal est autorisé à accorder une mise en liberté à un inceulé pour qu'il n'ait pas de casier judiciaire et pour lui épargner les problèmes que pose l'existence d'un casier judiciaire. Je crois qu'il est peu souhaitable de remettre une personne en liberté et de lui dire qu'elle ne possède aucun casier judiciaire si c'est pour ensuite se servir de ce

"casier" contre elle. D'après moi, cette disposition contourne un élément important de l'intention qui justifie cette mise en liberté. L'article 27 présente les mêmes lacunes que le paragraphe 25(2). De façon plus précise, l'utilisation de l'expression "tout élément de la moralité" semble permettre l'admission de preuves extrêmement préjudiciables, qui n'ont aucun rapport avec les questions incidentes. L'article 28 contourne, d'une manière flagrante, la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Regina v. Scopelliti (1981), 63 C.C.C.(2d) 481. D'après cette décision, lorsque l'inculpé plaide la légitime défense, toute preuve illustrant le caractère du décédé ou sa prédisposition à la violence peut être admise pour démontrer que le décédé était, selon toute vraisemblance, l'agresseur, et pour appuyer la version de l'accusé, à savoir qu'il a été attaqué par le décédé. La Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'on pouvait montrer cette prédisposition au moyen de preuves établissant l'existence d'actes de violence précis qui étaient inconnus à l'inculpé au moment de l'incident, ou au moyen de preuves de réputation et de preuves psychiatriques. La Cour, dans ce cas-ci, a explicitement rejeté la théorie qui veut que les actes de violence précis tombent sous le coup de la règle dite des faits similaires, à condition que ces actes de violence, qui étaient inconnus de l'inculpé, soient suffisamment probants pour qu'ils puissent logiquement et en toute légitimité aider le jury. Comme l'affaire Wigmore l'a démontré, lorsque le caractère violent du décédé dans un procès pour homicide entre ligne de compte, il n'y a aucune raison valable de ne pas présenter de preuves du caractère de cette personne en invoquant des situations où elle avait un comportement violent ou querelleur. Ces situations peuvent être extrêmement importantes, et le juge peut limiter le nombre de preuves ainsi présentées. La politique qui a régi les paramètres de la règle des faits similaires ne devrait pas s'appliquer aux preuves présentées contre la victime. La règle des faits similaires pose certains problèmes car elle ne permet pas toujours d'illustrer le caractère d'une personne. Ainsi, si l'inculpé prétend qu'il a été menacé et ensuite volé par la victime juste avant que le coup de feu fatal ne soit tiré, sur quels

actes antérieurs similaires peut-on se fonder? Les actes de violence, et pas seulement les vols antérieurs, seraient sûrement pertinents. Encore une fois, l'article 29 sur la réputation est de trop grande portée, puisqu'il permet d'introduire des éléments de preuve sur la "moralité" du plaignant. Une meilleure formulation de la règle permettrait sûrement à la Couronne de présenter des preuves à l'égard des traits de caractère du plaignant que cherche à établir l'inculpé. Ainsi, si l'inculpé démontre que le décédé avait un caractère violent et querelleur, la Couronne devrait pouvoir présenter des preuves qui montrent le caractère paisible de la personne, mais non pas faire ressortir d'autres traits de caractère qui n'ont aucun rapport avec le procès, comme l'honnêteté, etc. Le jugement sensé, fondé sur des principes, qu'a rendu la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Regina c. Scopelliti (supra) se trouve renversé par la loi, sans aucune raison valable. Les articles 31 et 32 visent à codifier les articles 317 et 318 du Code criminel. Les articles 317 et 318 du Code criminel ont déjà fait l'objet de controverses à cause de la Charte des droits. Il faudrait pour le moins modifier le paragraphe 32(2) pour préciser qu'une preuve ne sera jugée recevable que si elle démontre que l'inculpé savait que le bien faisant l'objet de la procédure avait été obtenu illégalement. De toute façon, l'article devrait se limiter aux condamnations qui ne font pas à ce moment-là l'objet d'un appel. Bien que la majorité des juges de la Cour suprême du Canada aient statué autrement dans l'affaire Hewson v. The Queen (1978), 42 C.C.C. (2d) 507, la position des membres dissidents du tribunal semble préférable pour la raison qu'ils exposent: "Il nous semble totalement illogique et injuste d'interroger un accusé sur une condamnation passée, faisant l'objet d'un appel. En effet, si un jugement ou une condamnation est renversé par la suite, l'inculpé aura subi un tort injuste et irréparable, causé par la divulgation d'une condamnation antérieure". Il est à noter que l'article 76 vise explicitement l'exclusion d'une mise en liberté, d'une condamnation ou d'une reconnaissance d'adultère dans les cas où les preuves à cet égard sont jugées recevables en vertu des articles 77 à 79. Il n'y a aucune

raison pour que les principes qui justifient ce règlement ne soient pas reflétés dans une disposition de plus grande portée prévoyant que seules les condamnations qui ne font pas l'objet d'un appel devraient être prises en considération, à n'importe quelle fin, en vertu de la Loi.

Article 52

Les dispositions de la Loi ayant trait à la preuve par ouï-dire ont soulevé plusieurs problèmes sérieux. Dans l'article 52, l'exception générale à l'exclusion du ouï-dire pour les déclarations faites dans l'exercice d'une fonction demeure en vigueur; toutefois, une disposition ajoutée au paragraphe (2) stipule que les notes rédigées par un agent de police ne sont pas irrecevables en preuve pour le seul motif qu'elles ont été rédigées en prévision d'un litige. Il se peut que certaines inscriptions courantes, comme celles qui sont faites dans les registres des biens des agents de police soient ou doivent être recevables. Toutefois, il est difficile de justifier la recevabilité des notes prises par les agents de police sur les lieux d'un crime ou de notes qui décrivent les activités de l'inculpé. Ces notes présentent de sérieuses lacunes, car elles sont réellement faites en prévision d'un litige; en conséquence, les faits risquent d'être présentés d'une manière tendancieuse, ce qui ne pourra être adéquatement établi que lors d'un contre-interrogatoire de l'agent de police. Il serait regrettable que l'on permette à la Couronne de fonder toute son argumentation contre un inculpé sur des notes qu'un agent de police avait prises en pensant qu'il témoignerait contre l'inculpé.

Article 55

Cet article, au moyen duquel on tente d'inclure l'exception à la règle du ouï-dire, qui s'est imposée en ce qui concerne les déclarations de nature à rendre son auteur passible d'une peine, comporte plusieurs anomalies graves. Premièrement, il n'est pas précisé que l'exception ne devrait

favoriser que l'inculpé. La raison de la distinction a été donnée avec justesse par le juge Ritchie dans l'affaire Lucier c. la Reine (1982) 65 C.C.C. (2d) 150. Le juge déclare à la page 154:

Compte tenu des arrêts de cette Cour dans les affaires Demeter et O'Brien, il faut maintenant reconnaître que, dans un cas approprié, les déclarations présentées au nom de l'accusé et faites par une personne qu'il n'est pas possible d'assigner peuvent être reçues en preuve au procès si on peut établir qu'elles ont été faites à l'encontre de l'intérêt pénal de leur auteur; mais ni les deux arrêts cités devant les cours d'instance inférieure n'appliquent cette règle à des déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé. Au contraire, chaque fois que des déclarations de ce genre ont été reçues en preuve, on remarque qu'elles tendaient à le disculper. La différence est très importante parce qu'une déclaration qui implique l'accusé dans le crime dont il est inculqué et qui émane d'une personne qui en peut plus venir témoigner prive l'accusé de l'arme inestimable du contre-interrogatoire qui a toujours été un des points d'appui de l'équité devant nos tribunaux.

L'autre anomalie réside dans la définition limitée de la "non-disponibilité". En effet, aux termes du paragraphe 49(3), en matière criminelle, une personne est jugée ne pas être disponible pour témoigner seulement si elle est décédée ou en est incapable en raison de son état physique ou mental. En principe, la déclaration de nature à rendre son auteur passible d'une peine devrait être recevable toutes les fois que son auteur n'est pas disponible dans le vrai sens du terme. Ce serait le cas par exemple d'un coinculpé dans un procès commun ou d'un témoin qu'on ne pourrait retrouver, comme dans l'affaire Regina c. Pelletier (1977), 38 C.C.C. (2d) 515 (Cour d'appel de l'Ontario). Si, dans le cas d'un inculqué pour un procès conjoint, les tribunaux ne sont pas disposés à élargir la portée de l'exception, il devrait y avoir automatiquement, sur demande, un procès distinct. Il s'agit selon moi d'un juste compromis vu que la décision dans le cas d'une inculpation conjointe est pratiquement laissée à l'entière discrétion de la Couronne. Le paragraphe (2), qui autorise le tribunal à exclure une déclaration si aucune autre preuve ne tend à incriminer son auteur, constitue une innovation extraordinaire. Il se peut

très bien que la seule preuve se trouve dans la déclaration elle-même, et il n'y a aucune raison de ne pas laisser au juge des faits le soin d'apprécier la valeur probante d'une telle déclaration, lorsque celle-ci n'est appuyée par aucun autre élément de preuve. Il faut se rappeler que, dans les cas où l'inculpé compte sur une déclaration susceptible de rendre son auteur passible d'une peine, il se peut qu'il n'y ait aucun autre élément de preuve incriminant l'auteur de la déclaration simplement parce que les autorités n'ont pas fait une enquête complète à son sujet. se contentant de rassembler des preuves visant à incriminer l'inculpé. On peut également se poser des questions sur le fait que le même article exige que la déclaration aille à l'encontre des intérêts immédiats de son auteur. Voilà qui est difficile à déterminer, mais cette nuance pourrait exclure toutes les déclarations de nature à rendre leurs auteurs passibles d'une peine, à l'exception de celles qui sont faites à des agents de police. Là encore, pourquoi ne pas permettre au juge des faits d'apprécier la valeur probante d'une déclaration susceptible de rendre son auteur passible d'une peine si elle a été faite à un ami ou à une simple connaissance? La véracité de la déclaration repose sur le fait qu'elle soit faite à un ami ou à une simple connaissance peut influencer sur l'importance que le jury lui accordera, mais cela n'a rien à voir avec la fiabilité inhérente de la déclaration. La personne à qui la déclaration a été faite est présente au tribunal et peut être contre-interrogée par la Couronne. Le juge des faits sera alors en mesure d'établir si l'auteur de la déclaration a inventé celle-ci pour aider l'inculpé.

Article 62

Voilà une disposition bizarre. En effet, bien qu'elle semble rattacher l'exception de res gestae à la règle du oui-dire, une exception précise est faite pour l'inculpé au paragraphe (2). En effet, un accusé ne peut non plus produire une

déclaration à son avantage s'il ne témoigne pas. On établit ainsi une distinction dans le cas de l'inculpé. Pourtant, en vertu de l'article 64, la Couronne n'est même pas tenue d'établir que la déclaration était spontanée. On peut se demander sur quel raisonnement repose le paragraphe 62(2). La réponse se trouve dans le commentaire suivant du Groupe de travail:

Mais une majorité des membres du Groupe de travail estiment que les affaires Graham et Risby, dans un cas de possession d'objet volé, permettent à un criminel professionnel d'inventer une explication en prévision d'une arrestation, à en faire part à l'agent de police enquêteur au moment de l'arrestation et, plus tard, au procès, de présenter l'explication en contre-interrogeant l'agent de police. L'inculpé est ainsi en mesure de donner son explication sans se présenter à la barre. Selon les membres du Groupe de travail, il est peu vraisemblable qu'il faille croire dans ces circonstances à la véracité de la déclaration hors cour d'un inculpé, à moins que celui-ci témoigne sous serment et qu'un contre-interrogatoire ait lieu.

Si on laisse de côté la présomption d'innocence qui semble n'avoir représenté qu'un intérêt passager pour les membres du Groupe de travail, je crois qu'il vaut la peine d'étudier les ramifications suivantes. On n'a pas aboli la doctrine de la possession récente; par conséquent, en l'absence d'une explication, on présume qu'un inculpé trouvé en possession d'un objet volé est censé savoir que cet objet a été illégalement obtenu. Pourtant, la Couronne ne serait pas tenue de divulguer l'explication, et la défense ne pourrait la demander à l'agent de police qui l'a entendue, comme le prévoit la loi à l'heure actuelle. Il en résulte que le jury aurait l'impression que la

possession de l'objet volé reste inexpliquée, même si, en réalité, une explication a été donnée. En outre, d'après le libellé de cet article, l'inculpé ne peut même, de façon réaliste, confirmer que l'explication a été donnée lors du contre-interrogatoire des agents de police, étant donné que l'occasion de produire l'explication ne se présentera qu'une fois que l'inculpé aura témoigné et qu'à ce moment-là la Couronne aura nécessairement classé l'affaire, on aura donc perdu l'occasion de produire l'explication par l'intermédiaire des agents de police et de confirmer qu'elle avait été donnée. Le raisonnement voulant que les tribunaux soient à la merci du criminel de profession semble peu convaincant, car l'article 31, dans le cas de possession d'un bien volé, autorise toujours la Couronne à démontrer que des objets volés ont été trouvés en la possession de l'inculpé en d'autres occasions et que celui-ci avait été condamné antérieurement pour des infractions analogues. On peut penser que le sort du supposé criminel professionnel serait ainsi décidé.

Article 63

Les dispositions du projet de loi qui portent sur la recevabilité des déclarations de l'inculpé posent également de graves problèmes. Pour commencer, il est regrettable que les auteurs du projet de loi aient jugé nécessaire de définir à l'article 63 l'expression "déclaration spontanée", d'autant plus que la jurisprudence à ce sujet semble s'orienter dans une voie satisfaisante depuis quelques années. Cette définition est inutilement restrictive et constitue un retour à la situation antérieure aux jugements Horvath et Ward, deux causes importantes jugées par la Cour suprême du Canada. L'article 63 consacre en fait la règle stricte établie dans l'affaire Ibrahim et montre que le Groupe

de travail n'a pas compris que la Cour suprême du Canada, dans ces deux causes ne s'en était pas tenue à cette règle. Bien que les auteurs des deux jugements majoritaires ne s'entendent pas sur tous les points de l'affaire Horvath, il s'accordent clairement pour dire que la règle Ibrahim n'est pas restrictive. Ainsi, le juge Spence affirmait dans l'affaire Horvath:

Je suis convaincu que l'arrêt Ibrahim et tous ceux qui l'ont suivi ne doivent pas être interprétés comme signifiant que les mots "libre et volontaire" appliqués à la recevabilité d'une déclaration ne doit pas avoir été provoquée par l'espoir d'un avantage ou par la crainte d'un préjudice. A mon avis, on peut très bien juger qu'une déclaration n'est pas volontaire, en tout cas, si elle a été provoquée par d'autres motifs que l'espoir ou la crainte. C'est pourquoi je vais passer en revue les décisions qui, selon moi, ont donné naissance à cette interprétation étroite et restrictive du mot "volontaire".

Le juge Beetz déclarait pour sa part:

Elle ne peut être restrictive puisque la règle prend sa source dans la jurisprudence et que les propos d'un juge sur un point qu'il ne lui est pas nécessaire de trancher constituent un obiter. En outre, le principe qui a inspiré la règle est positif; c'est le principe du caractère volontaire. Ce principe vaut dans tous les cas et peut justifier l'extension de la règle aux cas où l'extorsion d'une déclaration a une autre cause que les promesses, les menaces, l'espoir ou la crainte, si l'on estime que d'autres causes ont un effet aussi coercitif que les promesses ou les menaces, l'espoir ou la crainte et sont assez graves pour faire jouer le principe.

La définition contenue à l'article 63 ne tient pas compte du sentiment de contrainte que peut entraîner la conduite des agents de police, sentiment qui ne découle pourtant pas nécessairement de la crainte d'un préjudice ou de

l'espoir d'obtenir un avantage. Bref, il serait tout à fait contre-indiqué de freiner l'évolution du droit dans ce domaine, d'autant plus que nous ignorons quelles répercussions aura l'article 10 de la Charte dans le domaine de la recevabilité des aveux et que le Canada n'a pas encore formulé de règles semblables à celles visant les juges en Angleterre.

Article 64

Cet article contredit un certain nombre de jugements selon lesquels le caractère spontané d'une déclaration doit être prouvé hors de tout doute raisonnable. Il est difficile d'accepter que la charge de la preuve soit inférieure à cette norme, puisque cela voudrait dire qu'une déclaration serait recevable s'il est simplement probable qu'elle était spontanée, même si cela n'a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable. On aurait pu s'attendre au moins à ce que les auteurs du projet de loi tiennent compte de ce qu'à ce sujet le juge Kaufman, dont les avis font autorité dans ce domaine:

Je dois dire tout d'abord que cette charge est très lourde. Il est impossible de s'en acquitter par une simple preuve par présomptions, et il n'est pas nécessairement possible de le faire en présentant une preuve hors de tout doute raisonnable, bien que certaines causes récentes le laissent supposer. Comme nous l'avons affirmé dans l'affaire Leigh, il s'agit de convaincre le juge de première instance que la déclaration a été faite librement et spontanément. A cette fin, la Couronne doit exposer au tribunal toutes les circonstances entourant l'affaire, et si, après avoir étudié ces éléments de preuve, le juge n'est pas convaincu que la déclaration était spontanée, il doit la rejeter. Il s'agit d'une question de droit, qui dépend des faits présentés en preuve et de l'ensemble des circonstances entourant l'affaire, et qui n'a rien à voir avec les opinions personnelles. L'extrait

suivant du jugement rendu récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Hobbins c. La Reine résume bien ce qu'on peut reprocher à cet article et à l'article 63. Le juge en chef, M. Bora Laskin, affirmait en effet: "A cet égard, si les circonstances de l'interrogatoire, y compris l'heure et le lieu de cet interrogatoire et sa durée, amènent ou devraient amener le juge du procès à douter du caractère libre et volontaire de la déclaration ou de la confession, il est évidemment sans importance que la police n'ait pas commis d'acte illégal.

Article 72

Cet article constitue aussi une tentative de codification partielle de l'autre décision rendue dans l'affaire Wray v. The Queen. A première vue, cette disposition semble adoucir quelque peu la dureté du jugement Wray, qui tient pour recevable la partie de l'aveu qui est confirmée par la découverte subséquente d'une preuve. Le libellé de cet article pose cependant un problème. Supposons par exemple, dans une affaire de meurtre, qu'une déclaration de l'inculpé ait permis de découvrir l'arme du crime. Le jury pourrait avoir tendance à en conclure que l'inculpé a placé lui-même l'arme à l'endroit où elle a été trouvée par la suite, alors que, s'il avait entendu les termes exacts de la déclaration de l'inculpé, il se serait peut-être rendu compte que celui-ci tenait ce renseignement de quelqu'un d'autre. Par conséquent, en toute justice, il semble nécessaire de modifier l'article 72, ne serait-ce que pour indiquer clairement que, lorsque la déclaration d'un inculpé montre qu'il tire d'une autre source ses informations sur l'endroit où une preuve a été trouvée, cette précision doit également être révélée au jury.

Article 81

Les divers articles portant sur l'alibi, et notamment ceux qui obligent l'inculpé à donner un avis d'alibi,

ont suscité des commentaires particulièrement négatifs. Il se pourrait bien que le principe de l'avis ait du bon en soi, et le Royaume-Uni a d'ailleurs adopté des dispositions en ce sens. Par contre, celles que préconise ce projet de loi semblent comporter de graves lacunes, même si l'on accepte le principe lui-même.

Article 82

Un des problèmes les plus graves que pose cet article réside dans le fait que l'inculpé doit présenter son avis "à la première occasion convenable". Or, il a été reconnu dans divers jugements rendus par les cours d'appel provinciales, par exemple dans l'affaire Regina v. Mahoney (1979), 50 C.C.C. (2d) 380 (Ont. C.A.), que si l'inculpé doit informer le poursuivant de son alibi, c'est pour permettre à la police de faire enquête sur celui-ci. Cette intention est d'ailleurs exprimée dans le projet de loi lui-même; ainsi, l'article 82 oblige le poursuivant à aviser l'inculpé des résultats de cette enquête. Par conséquent, plutôt que d'exiger que l'avis soit donné à la première occasion convenable, il serait préférable de prévoir un délai suffisant, avant le procès, pour permettre une enquête sérieuse. Ce concept de "première occasion convenable" est difficile à appliquer, particulièrement lorsque l'inculpé se défend lui-même ou n'avoue pas tout à son avocat. Il serait beaucoup plus raisonnable d'exiger un avis dans un délai qui tiendrait compte de l'intention première de la disposition plutôt que d'une norme artificielle comme la "première occasion convenable".

Article 83

La question de la première occasion convenable est reprise dans cet article où il est dit que le tribunal peut faire des observations défavorables sur la force probante de l'alibi d'un inculpé qui n'aurait pas, à la première occasion convenable, avisé par écrit le poursuivant qu'il entendait présenter un alibi. Au risque de me répéter, il me semble suffisant que la Couronne ait toute faculté pour enquêter sur l'alibi. Etant donné surtout que l'inculpé, au moment de son arrestation, est habituellement informé qu'il a le droit de garder le silence, il semble quelque peu inconséquent de le pénaliser en faisant des observations défavorables parce qu'il s'est prévalu de ce droit et n'a pas présenté son alibi à la première occasion convenable, c'est-à-dire lorsqu'il a été arrêté, à condition toutefois qu'aucun tort ne soit causé au poursuivant et qu'il ait par la suite suffisamment de temps pour enquêter sur l'alibi.

Article 85

Je suis particulièrement préoccupé par cet article qui empêche un inculpé d'invoquer un alibi, sauf ordre contraire du tribunal pour des motifs établis, parce qu'il n'a pas donné l'avis prévu au plus tard le septième jour après qu'il a été cité à son procès dans le cadre d'une instance criminelle par voie de mise en accusation. Un inculpé peut dans certains cas avoir de bonnes raisons de décider de ne pas révéler son alibi. Quoi qu'il en soit, c'est une chose de faire des observations défavorables sur le fait qu'il n'ait pas présenté son alibi à temps pour que le poursuivant puisse faire une enquête complète, mais c'est tout autre chose de l'empêcher de donner une réponse satisfaisante et de

se défendre en lui refusant le droit d'invoquer son alibi comme preuve. Ces dispositions pourraient fort bien aller à l'encontre de la Charte des droits dont l'article 11 garantit un procès équitable, et l'article 7, le respect des principes de justice fondamentale. Il semble que jamais en Grande-Bretagne on ait empêché un inculpé de présenter son alibi comme preuve, même s'il ne s'était pas conformé aux dispositions concernant l'avis. Je pense donc non seulement que cette disposition est inutile, mais qu'elle empiète inexcusablement sur les droits de l'inculpé. Je ne vois aucune raison d'obliger un accusé à motiver sa décision de ne pas révéler un alibi, quel qu'il soit. Rien ne prouve que des alibis fabriqués de toutes pièces et présentés à la dernière minute aient posé un problème sérieux dans notre système d'administration de la justice; et tant qu'aucune preuve n'aura été fournie en ce sens, rien ne justifiera les dispositions proposées.

Articles 101 et 102

Ces dispositions empiètent sur le droit de consulter son avocat, dont le juge risque de prendre la place.

Article 104

A mon avis, ces dispositions sont tout à fait inutiles. Un inculpé ne devrait pas être empêché de donner une réponse satisfaisante et de se défendre sous prétexte que son avocat ne s'est pas bien préparé et qu'il n'a donc pas utilisé tous les moyens de défense contre le plaignant. En outre, ces dispositions sont assez vagues; en particulier, quel sens doit-on donner à la phrase "toute autre mesure convenable prévue par la loi". Cela

veut certainement dire autre chose qu'une simple observation; et il faudrait peut-être en déduire que le tribunal aurait le droit d'exclure la preuve, voire le témoignage de l'inculpé. Je pense que cela est loin d'être souhaitable, du moins en matière criminelle. Cet article reprend la décision très critiquée rendue par le juge Haines dans l'affaire Regina v. Jackson and Woods, (1974), 20 C.C.C. (2d) 113 (Cour d'appel de l'Ontario).

Article 108

C'est une fois de plus à l'inculpé qu'on réserve un traitement particulier. Pourquoi le tribunal ne pourrait-il pas faire des observations au jury sur le poids à donner au témoignage de n'importe quelle partie qui confirme un témoignage préalablement rendu par un autre témoin.

Article 120

Cet article permet de recevoir en preuve des déclarations antérieures incompatibles pour connaître la vérité et non pas seulement pour défendre la crédibilité dans certaines circonstances. Cet article présente pour moi une faiblesse au paragraphe b), qui rend recevable une déclaration antérieure faite sous serment ou sous affirmation solennelle par un témoin susceptible d'être contre-interrogé. Je pense qu'il faudrait à tout le moins préciser que le témoin était susceptible d'être contre-interrogé par la partie contre laquelle il témoigne. Autrement dit, il ne serait pas juste de rappeler contre un inculpé une déclaration antérieure faite sous serment par un témoin si l'occasion ne lui avait pas été donnée de le contre-interroger.

Article 123

Cet article est un compromis entre, d'une part, l'actuel article 12 de la Loi sur la preuve au Canada qui permet la contre-interrogation à l'égard de toute condamnation antérieure et, d'autre part, la législation britannique qui ne permet la contre-interrogation sur le casier judiciaire que dans certaines circonstances. Ce compromis soulève plusieurs problèmes. Premièrement, il autorise la contre-interrogation à l'égard d'une mise en liberté antérieure. Les observations formulées précédemment au sujet des mises en liberté s'appliquent particulièrement dans le cas de cet article. Je pense qu'il est tout à fait injuste pour un inculpé ou un témoin d'être contre-interrogé à l'égard d'une infraction pour laquelle il a bénéficié d'une mise en liberté et qui ne lui a pas valu de casier judiciaire. En outre, l'article permet de contre-interroger un témoin sur une condamnation dont il aurait fait l'objet ailleurs qu'au Canada. A tout le moins, la distinction mentionnée dans l'affaire Regina v. Stratton (1978), 42 C.C.C. (2d) 449 (Cour d'appel de l'Ontario) devrait être maintenue. Il a en effet été établi que, si les circonstances entourant le procès, à l'étranger étaient oppressives, le juge aurait alors raison de statuer que le jugement rendu n'avait rien d'une condamnation aux fins de la contre-interrogation d'un inculpé sur son casier judiciaire. Je m'inquiète également de ce qu'aucune limite ne soit imposée pour la contre-interrogation à l'égard de condamnations pour une infraction dont la "fraude" est un élément essentiel. Il s'agit à mon avis d'une notion extrêmement vague. Un autre problème tient également à ce que l'article ne précise pas si l'avocat de l'inculpé peut dévoiler que celui-ci a un casier judiciaire; de toute évidence, il devrait en avoir le droit s'il le désire, afin que

l'existence d'un casier judiciaire ne soit pas révélée lors d'un contre-interrogatoire par la Couronne. Enfin, je tiens à répéter que les condamnations qui font l'objet d'un appel au moment du procès ne devraient pas être considérées comme des condamnations aux fins de la contre-interrogation. En outre, je suis d'avis qu'il faudrait préciser que les condamnations d'un inculpé, lorsqu'il était qu'adolescent, ne devraient pas être assujetties à l'application des dispositions à l'étude. La plupart des gens ont ou avaient l'impression que le casier judiciaire d'un jeune délinquant était considéré comme secret lorsque celui-ci atteignait l'âge adulte, dans l'esprit de la Loi sur les Jeunes délinquants. C'est là une modification minime, du moins dans le cas d'un inculpé qui témoigne à son propre procès.

Article 125

Cet article reflète une tendance qui s'est amorcée dans les années 1970, avec l'adoption des modifications de la législation sur le viol, et qui a fait disparaître l'obligation de corroboration pour de nombreux délits. Cette tendance a récemment atteint son point culminant lorsque la Cour suprême du Canada, dans Vetrovec et Gaja, a rendu une décision supprimant la doctrine de la corroboration de la common law dans le cas des complices. En règle générale, on peut convenir que la corroboration ne devrait pas être obligatoire pour la plupart des délits ou pour la plupart des témoins. Cependant, il existe à mon avis deux types de délits pour lesquels la corroboration devrait être exigée, et ce, pour des questions de principe très importantes. Il y a d'abord le cas des

accusations de parjure. Selon moi, il est absolument essentiel que l'obligation de corroboration soit conservée dans un procès pour parjure. Nous avons remarqué que, dans plusieurs tribunaux, les avocats de la Couronne se servent de l'accusation de parjure pour décourager les inculpés de témoigner et pour les empêcher de présenter une défense satisfaisante, en particulier lorsque cette défense comporte une allégation de brutalité policière. Dans de nombreux cas, chaque fois qu'un inculpé déclare, lors d'un voir dire ou pendant son procès, qu'il a été brutalisé par la police, la Couronne porte une accusation de parjure quand elle peut la corroborer. Autrement dit, seule l'obligation de corroboration retient la Couronne de porter des accusations de parjure dans tous les cas où un accusé fait une déclaration qui n'est pas crue par le juge des faits. A mon avis, l'élimination de l'obligation de corroboration dans les cas de parjure pourrait nuire considérablement à un inculpé en l'empêchant de présenter une défense satisfaisante. Même dans les cas où il faudrait trancher entre la parole d'un inculpé et celle d'un agent de police, neuf fois sur dix on se fierait à la parole de l'agent de police, et l'inculpé pourrait alors être accusé de parjure. D'après moi, ce serait là un effet secondaire très indésirable. Deuxièmement, il y a la question des témoignages des enfants non rendus sous serment. Comme le conjoint de l'inculpé est désormais un témoin contraignable, lorsque le plaignant est un enfant, il est beaucoup moins nécessaire d'éliminer l'obligation de corroboration. Je pense que le risque de commettre une erreur judiciaire sur la foi du témoignage non corroboré d'un enfant est assez important pour justifier le maintien de l'obligation de corroboration. Dans de nombreux cas, il s'agit d'enfants très jeune qui, au mieux, sont peu conscient de la gravité de la

situation et de la nécessité de dire la vérité.
Si l'on permet la condamnation d'un inculpé sur le
seul témoignage d'un enfant, on pourrait aboutir à
des erreurs judiciaires très graves.

Article 153

Les dispositions relatives aux documents professionnels
ont été sensiblement modifiées et simplifiées, mais
j'estime que la façon dont elles sont énoncées dans
la Loi pose au moins deux problèmes. D'abord, il
faudrait selon moi maintenir le caractère irrecevable
des documents professionnels rédigés en vue d'un procès.
En effet, la fiabilité des documents professionnels tient
à ce qu'ils ont été préparés dans le cours normal d'une
activité, en ce sens qu'il s'agit de documents ordinaires
que personne n'a de raison de falsifier et sur lesquels
on peut se fier pour l'activité en question. Or, même
s'il est normal, dans certaines activités, de préparer
des documents donnés en vue d'un procès, les documents
en question n'ont plus ce caractère de fiabilité. Deuxièmement, le fait que l'on considère comme recevables des
documents contenant un ouï-dire pose, selon moi, un
problème. Rien ne me semble justifier la recevabilité
de ce genre de double ouï-dire. Les garanties de fiabilité
que présente un document préparé dans le cours habituel
d'une activité ne s'appliquent pas à un document contenant
tout simplement les déclarations de quelqu'un d'autre, à
moins que ces déclarations n'aient elles aussi été faites
dans le cours normal d'une activité, et elles sont alors
elles-mêmes recevables.

Article 163

Cet article permet d'utiliser une déclaration antérieure d'un témoin, et donc d'un accusé aussi, même si ce témoin se croyait protégé par la Loi et probablement par l'article 13 de la Charte des droits. Certes, la déclaration antérieure du témoin est recevable en preuve uniquement en vue d'attaquer sa crédibilité. Toutefois, cette distinction me paraît bien mince et tout à fait illusoire, car, si un incul-é présente sa défense, sa crédibilité fait naturellement partie intégrante de cette défense, et tout ce qui attaque cette crédibilité incrimine en fait l'inculpé. Dans ce sens, j'estime que l'on pourrait très bien soutenir que cet article, tel qu'il est formulé, contrevient à l'article 13 de la Charte des droits et qu'il est par conséquent inconstitutionnel.

Dans l'ensemble, la loi proposée va radicalement transformer le système accusatoire et en faire un système de type inquisitoire. Sans vouloir porter de critique personnelle, force est de remarquer que le groupe de travail ne comptait aucun avocat du domaine pénal. C'est là une lacune regrettable qui a entraîné une certaine étroitesse de vue dans la rédaction du projet de loi. Il faut espérer que ce projet de loi sera étudié plus en profondeur de façon à permettre la participation d'avocats actifs à l'élaboration de cette importante loi.

APPENDIX "65-C"

June 7, 1983

The Honourable Joan Neiman
Chairman
The Standing Senate Committee on
Legal and Constitutional Affairs
Room 387S
The Senate
Ottawa K1A 0A4

Dear Senator Neiman:

Re: BILL S-33—THE CANADA EVIDENCE ACT,
1982

Recently the Canadian Payments Association and the Canadian Bankers Association made submissions to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs on Bill S-33 Canada Evidence Act 1982. Both these submissions raised serious concerns that financial intermediaries have with certain provisions in the draft Bill which relate to the law of evidence and business records when these records are computer based.

Trust companies are members of the Canadian Payments Association both as direct clearing members and indirect clearing members.

We have reviewed the draft Bill and we share the same concerns that had been expressed in both these submissions. The Trust Companies Association of Canada would like to take this opportunity to fully support the stance and recommendations made by both the Canadian Payments Association and the Canadian Bankers Association in their respective submissions.

Yours very truly,

W. W. Potter
President

WWP/mgp

APPENDICE «65-C»

Le 7 juin 1983

L'honorable Joan Neiman
Président
Comité sénatorial permanent des
affaires juridiques et constitutionnelles
Pièce 387S
Le Sénat
Ottawa
K1A 0A4

Madame le sénateur,

Objet: PROJET DE LOI S-33—LOI FÉDÉRALE DE
1982 SUR LA PREUVE

L'Association canadienne des paiements et l'Association des banquiers canadiens ont fait parvenir, il y a peu de temps, des mémoires au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles sur le projet de loi S-33, la Loi fédérale de 1982 sur la preuve. Les auteurs de ces rapports ont exposé de sérieuses réserves qu'émettent les intermédiaires financiers envers certaines dispositions du projet de loi qui portent sur le droit de la preuve et les dossiers des entreprises qui sont stockés dans des ordinateurs.

Les compagnies de fiducie sont des membres de l'Association canadienne des paiements qui assurent des compensations directes et indirectes.

Nous avons étudié le projet de loi et nous partageons les préoccupations des auteurs de ces deux mémoires. L'Association des compagnies de fiducie du Canada aimerait profiter de l'occasion pour appuyer pleinement la position et les recommandations de l'Association canadienne des paiements et de l'Association des banquiers canadiens.

Veuillez agréer, Madame, mes salutations distinguées.

Le président
W. W. Potter



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESSES—TÉMOINS

Mr. James F. Dingle, Deputy Chairman;
Mr. Gordon F. Henderson, O.C., Q.C., (Gowling and Henderson), Counsel.

M. James F. Dingle, sous-président;
M^c Gordon F. Henderson, O.C., c.r., (Gowling and Henderson), conseiller juridique.



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Président:
L'honorable JOAN NEIMAN

Wednesday, June 22, 1983

Le mercredi 22 juin 1983

Issue No. 66

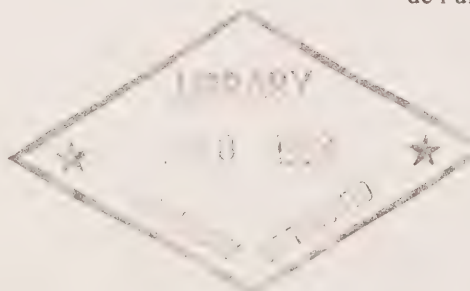
Fascicule n° 66

Fourteenth proceedings on:

Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Quatorzième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»



WITNESSES:
(See back cover)

TÉMOINS:
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate, December 7, 1982:

“Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: “An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada”.

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on motion, it was—
Resolved in the affirmative.”

ORDRE DE RENVOI

Extrait des procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déferé au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

WEDNESDAY, JUNE 22, 1983
(96)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 3:15 p.m., the Chairman, the Honourable Senator Joan B. Neiman, presiding.

Present: The Honourable Senators Asselin, Bosa, Deschatelets, Flynn, Godfrey, Haidasz, Lapointe, Neiman, Nurgitz and Rousseau. (10)

In attendance: Mrs. Monique Hébert, Research Officer, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witnesses:

From the Canadian Bar Association:

Mr. Yves Fortier, Q.C., President.

From the Special Committee on S-33 (of the C.B.A.):

Mr. John Sopinka, Q.C.;

Mr. Mark Rosenberg.

From the Bar of Quebec:

M. le bâtonnier Louis Lebel;

Mr. Jacques Fortin;

Mr. Gerald Tremblay.

From the Law, Science and Technology Committee (of the C.B.A.):

Mr. Derek Guthrie.

The Committee resumed consideration of Bill S-33 intitled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

On motion duly put, it was agreed,—That the briefs submitted by the Canadian Bar Association and by the Bar of Quebec, be printed as an appendices to the Committee's proceedings. (*The brief of the Bar of Quebec is printed as Appendix 66-A to this day's Proceedings*).

On direction of the Chairman, the brief of the Canadian Bar Association will be printed as an appendix to Issue No. 68 of this Committee, to be published at a later date.

The witnesses made a statement and answered questions.

At 6:10 p.m., the Committee adjourned until Thursday, June 23, 1983 at 11:15 a.m.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAL

LE MERCREDI 22 JUIN 1983
(96)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 15 h 15 sous la présidence de l'honorable sénateur Joan Neiman (président).

Présents: Les honorables sénateurs Asselin, Bosa, Deschatelets, Flynn, Godfrey, Haidasz, Lapointe, Neiman, Nurgitz et Rousseau. (10)

Aussi présente: M^{me} Monique Hébert, attachée de recherche, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoins:

De l'Association du Barreau canadien:

M^e Yves Fortier, c.r., président.

Membres du Comité spécial sur d'étude du projet de loi S-33 (de l'A.B.C.):

M^e John Sopinka, c.r.;

M^e Mark Rosenberg.

Du Barreau du Québec:

M. le bâtonnier Louis Lebel;

M^e Jacques Fortin;

M^e Gerald Tremblay.

Du Comité du droit, de la science et de la technologie (de l'A.B.C.):

M^e Derek Guthrie.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Sur motion dûment présentée, il est décidé,—Que les mémoires présentés par l'Association du Barreau canadien et par le Barreau du Québec soient joints aux délibérations du Comité. (*Le mémoire du Barreau du Québec est annexé aux délibérations de ce jour, voir l'appendice 66-A*).

Sur instruction du président, le mémoire de l'Association du Barreau canadien sera annexé au fascicule n° 68 des délibérations du Comité qui sera publié à une date ultérieure.

Les témoins font une déclaration et répondent aux questions.

A 18 h 10, le Comité suspend ses travaux jusqu'au jeudi 23 juin 1983, à 11 h 15.

ATTESTÉ:

Le greffier du Comité

Denis Bouffard

Clerk of the Committee

EVIDENCE

Ottawa, Wednesday, June 22, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 2.30 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (Chairman) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, it gives me a great deal of pleasure to welcome again the representatives of the Canadian Bar Association. We are pleased to have before us today such a distinguished—perhaps even overwhelming—representation from the bar.

We have received two briefs, one of which is very large, to which Mr. Fortier will be referring, and another separate brief from the Bar of Quebec. Before we proceed, I should like a motion to have these two briefs form part of the record of the proceedings of the day. I understand that we are not going to hear a complete review of the briefs as such, but will be given a separate and somewhat shorter presentation.

Senator Lapointe: I so move.

(For text of briefs see p. A:1.)

The Chairman: Mr. Fortier, perhaps you would be good enough to introduce your colleagues to the members of the committee, after which you may proceed with your presentation.

Me Yves Fortier, c.r., président, Association du Barreau canadien: Merci, madame le président. Je voudrais tout d'abord vous remercier de votre invitation adressée au Barreau canadien de comparaître à nouveau devant votre comité, pour vous entretenir de nos préoccupations et de nos critiques que l'on veut constructives, sur le projet de loi S-33.

C'est avec raison que vous soulignez que c'est notre deuxième comparution. Le 24 mars dernier, une délégation du Barreau canadien présidée par mon collègue et ami le vice-président national, M. Robert McKercher qui est à ma gauche, s'est présenté devant vous avec ce que j'appellerais un «bird's eye view», du projet de loi S-33. Il était fort, à ce moment-là, de la résolution du Conseil du Barreau canadien dont faisait état, d'ailleurs, le mémoire qui a été déposé à cette date le 24 mars. Cette résolution du Conseil national du Barreau canadien qui avait été approuvée à ses réunions de février à Banff, concluait comme suit—et là, j'ai le texte anglais devant moi:

Be it resolved that the proposed Canada Evidence Act should not be enacted in its present form.

This, therefore, was the mandate which the CBA had received from its legislators, members of council.

Madam Chairman, honourable senators, when Mr. McKercher appeared before you on March 24 as head of the delegation, he said, and I quote from page 49.6 of the transcript of the proceedings:

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le mercredi 22 juin 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles à qui a été renvoyé le projet de loi S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, se réunit aujourd'hui à 14 h 30 pour en étudier les dispositions.

Le sénateur Joan Neiman (président) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, je suis très heureuse de souhaiter encore une fois la bienvenue aux représentants de l'Association du Barreau canadien. Nous sommes heureux d'accueillir aujourd'hui des représentants aussi distingués et même aussi nombreux du Barreau.

Nous avons reçu deux mémoires; dans sa présentation, M. Fortier se rapportera au plus volumineux. L'autre provient du Barreau du Québec. Avant de procéder, j'aimerais obtenir une motion portant insertion de ces deux mémoires en annexe aux délibérations de ce jour. Je crois comprendre que les témoins ne liront pas les mémoires mais qu'ils nous en donneront une version séparée et abrégée.

Le sénateur Lapointe: J'en fais la proposition.

(Voir texte des mémoires, p. A:1)

Le président: Monsieur Fortier, pourriez-vous présenter vos collègues aux membres du Comité avant de faire votre exposé?

Mr. Yves Fortier, Q.C., President, Canadian Bar Association: Thank you, Madam Chairman. First of all, I would like to thank you for inviting the Canadian Bar Association to appear once again before your Committee to share with you our concerns and criticisms, all constructive I hope, on Bill S-33.

You are quite correct in saying that this is our second appearance before the Committee. A delegation from the Canadian Bar Association headed by my colleague and friend seated to my left, Mr. Robert McKercher, the national Vice-President, first appeared before your Committee last March 24 to give you what I would call a "bird's eye view" of Bill S-33. He was supported at that time by the resolution of the Council of the Canadian Bar which, moreover, was mentioned in the brief tabled on that same day, namely March 24. This resolution by the National Council of the Canadian Bar, which had been adopted at the Bar meetings held in Banff in February, concluded the following and I quote:

Il est convenu que la Loi fédérale sur la Loi sur la preuve ne devrait pas être adoptée sous sa forme actuelle.

Ainsi, c'était là le mandat que l'ABC avait reçu de ses législateurs, membres du Conseil.

Madame le président, honorables sénateurs, lorsque M. McKercher a comparu devant votre comité le 24 mars dernier, à titre de chef de la délégation, il a dit, et je cite un passage qu'on retrouve à la page 49.6 des délibérations:

[Text]

We are still in the process of formulating a complete response to Bill S-33.

He went on to say:

In the important area of law, science and technology, a CBA committee is currently examining civil evidentiary issues relating to computers. Other CBA sections are equally interested in the provisions of this bill. Therefore, we suggest to this committee that this represents an initial opportunity to outline some of the potential difficulties that Bill S-33 may cause before Canadian courts . . .

Therefore, our presence here today is but a logical extension, if you wish, of our first appearance on March 24.

Allow me to tell honourable senators, if I may, what we have done since we appeared before you three months ago. Much of the work was influenced, Madam Chairman, by the meeting which I was privileged to have with you and the Minister of Justice, the Honourable Mark MacGuigan, at the end of April, at which time you very generously reminded me that we had promised to come back and asked when we would be at the rendezvous. I replied that we were doing everything in our power to arrange matters in such a way that we would be attending this committee meeting before Parliament adjourned at the end of June. We subsequently spoke on the telephone and you accommodated our request for a little more time. I would like to publicly acknowledge that gesture and extend to you my thanks and the thanks of the members of the association.

What we have done, Madam Chairman, and honourable senators, is this: we parcelled out 15 different chapters of Bill S-33 to 15 of our members, whose names appear on the fourth page of what I would call the blue book. This group was made up of judges, lawyers and academics. We asked each and every one of them first to examine the chapter assigned to him or her and to note the effects of those sections on the current state of the law of evidence in Canada; second, whether the position taken in Bill S-33 would beneficially affect the law of evidence; and third, if Bill S-33 was perceived not to promote beneficial changes, to offer constructive alternatives—and I underline the word “constructive.”

I am delighted and very gratified that, with only a few exceptions, the members to whom we assigned this work delivered the merchandise. On account of illness, in one case, and because of a protracted, unexpected hearing in another case, unfortunately we do not have papers concerning sections 56 to 63, sections 85 to 99 and sections 125 to 160 of Bill S-33. We do, however, have comments which I believe are very learned and which answer the mandate, if you wish, which we gave to those individuals concerning all of the other provisions of Bill S-33.

After the papers were received, we then sent them to an umbrella committee consisting of chairpersons of our national sections who have a very real interest in the disposition of Bill

[Traduction]

Nous n'avons pas fini d'élaborer une réponse complète au projet de loi S-33.

Et il a poursuivi:

Dans le domaine important du droit, de la science et de la technologie, un comité de l'Association du barreau canadien est en train d'examiner les questions de preuve au civil en ce qui concerne les ordinateurs. D'autres sections de l'Association du barreau canadien s'intéressent également aux dispositions de ce projet de loi. En conséquence, nous faisons observer au comité que nous avons ici une première occasion d'exposer quelques-unes des difficultés éventuelles que le projet de loi S-33 pourrait susciter devant les tribunaux canadiens . . .

Ainsi, notre présence ici aujourd'hui est une suite logique, si l'on peut s'exprimer ainsi, à notre première comparution du 24 mars dernier.

Permettez-moi, honorables sénateurs, de vous dire ce que nous avons fait depuis notre dernière comparution, il y a trois mois. La plus grande partie de notre travail a été influencée, Madame le président, par la rencontre que j'ai eue avec vous et avec le ministre de la Justice, l'honorable Mark MacGuigan, à la fin d'avril; vous m'aviez alors rappelé que nous avions promis de nous adresser à nouveau à votre Comité. Vous m'avez d'ailleurs demandé quand nous serions prêts à comparaître. J'ai répondu que nous faisons tout en notre pouvoir pour être prêts à le faire avant l'ajournement, à la fin du mois de juin. Par la suite, nous avons communiqué par téléphone et vous m'avez accordé un peu plus de temps. J'aimerais vous remercier publiquement de cette gentillesse en mon nom propre et en celui des membres de l'Association.

Nous avons alors procédé, Madame le président et honorables sénateurs, de la façon suivante: nous avons chargé 15 de nos membres, dont les noms apparaissent à la quatrième page de ce que j'appellerais notre livre bleu, d'étudier 15 chapitres différents du projet de loi S-33. Ce groupe était formé de juges, d'avocats et d'universitaires. Nous avons demandé à chacun d'entre eux d'étudier tout d'abord le chapitre dont on les avait chargés et de noter les incidences que pourraient avoir ces dispositions sur l'état actuel du droit de la preuve au Canada; puis, ils devaient déterminer si la position adoptée dans le projet de loi S-33 serait à l'avantage du droit de la preuve; et troisièmement, s'ils jugeaient que le projet de loi S-33 entraînerait des modifications peu souhaitables, de proposer des solutions de rechange constructives, et j'insiste bien, constructives.

Je suis très heureux de dire qu'à quelques exceptions près, ces membres ont accompli leur tâche. Pour des raisons de maladie, dans un cas, et à cause d'une audience inattendue et prolongée dans un autre, nous n'avons malheureusement pas les documents nécessaires pour les articles 56 à 63, 85 à 99 et 125 à 160 du projet de loi S-33. Nous avons cependant certains commentaires, que je qualifierais de savants et qui correspondent bien au mandat que nous avons donné à chacun des membres qui ont étudié les autres dispositions du projet de loi S-33.

Une fois les documents demandés obtenus, nous les avons expédiés à un comité de coordination formé des présidents de nos sections nationales, qui s'intéressent grandement aux dis-

[Text]

S-33—civil litigation, criminal justice, family law and business law, to name but four of them. We asked members of that umbrella committee to please review those papers and to give us their comments so that some kind of a logical order would be given to the Canadian Bar Association's presentation. That has been done.

On Friday of last week, racing against the clock, the brief was delivered to the secretary of your committee, Madam Chairman.

Parallel with this work, Le Barreau du Québec a accepté d'étudier conjointement avec le Barreau canadien le projet de loi S-33. Je suis très heureux de ce travail conjoint entre l'Association qui représente tous les avocats du Québec d'une part et l'Association du Barreau canadien d'autre part. C'est un fédéralisme rentable qui s'est manifesté dans la réalisation de ce travail. Vous avez donc sous pli séparé le mémoire qui a été rédigé par le comité conjoint du Barreau du Québec et du Barreau canadien. Vous allez y retrouver une étude du projet de loi, une étude globale vue par des civilistes. Vous allez y retrouver aussi une étude du projet de loi dans ses moindres détails et il prévoit avoir un impact sur la pratique du droit, tant en matière civile que criminelle, au Québec.

Our third presentation to you today, Madam Chairman and honourable senators, is that of a very active member of the Law, Science and Technology Committee of the Canadian Bar Association, who examined Bill S-33 from the point of view of rules of evidence as they relate to computers. These are the three presentations which this delegation is going to present to you today. All of the members—whom I will introduce in a few seconds—stand ready, willing and able, I am sure, to answer your questions.

If I may, I would like to say this: I have had the advantage of travelling extensively across Canada in recent months in my capacity as president of the Canadian Bar Association. Everywhere I have been, in conversations with jurists—judges and lawyers alike—and academics, I have heard concern expressed about Bill S-33. The common denominator which runs through the comments which I have received is that it is too Crown oriented.

This view comes from crown attorneys as well as defence counsel; it comes from judges trained in the civil as well as in the common law; it comes from judges who sit both on criminal and on civil cases. One judge, whom I would rather not identify, recently told me the following, which I thought might be of interest to honourable senators: That if it is not amended—if the bill is not changed substantially—he and his colleagues in Canada are going to have to perform quite a balancing act. They are going to have to lean over backwards whenever a provision of Bill S-33 is used, either to admit evidence or to prevent the introduction of evidence. They are going to have to bend over backwards in order to ensure not only that justice is done but that justice is seen to be done. I thought that honourable senators would be interested in hearing this comment.

In my respectful submission there is no other proposed legislation, either before the Senate or before the other place,

[Traduction]

positions du projet de loi S-33, dont les procès civils, le droit pénal, le droit de la famille et le droit des affaires, pour n'en nommer que quatre. Nous avons demandé aux membres de ce comité de coordination d'étudier des documents et de nous présenter leurs commentaires de façon qu'on puisse rédiger dans un ordre logique le mémoire que l'Association du Barreau canadien, présenterait à votre Comité.

Vendredi dernier, à l'issue d'une course contre la montre, nous avons pu déposer notre mémoire auprès du secrétaire de votre comité, Madame le président.

Dans la même optique, le Barreau du Québec... agreed to consider jointly with the Canadian Bar Bill S-33. I am very pleased with this work carried out jointly by the Association which represents all lawyers in Quebec on the one hand and by the Canadian Bar Association on the other hand. This work illustrates the benefits of federalism. You therefore have under separate cover the brief drafted by the Joint Committee of the Canadian Bar and the Quebec Bar. The brief focusses on the Bill and presents an overview by the civil law experts. It also focusses on the smallest details of the Bill and predicts that the legislation will have an impact on the practice of both civil and criminal law in Quebec.

Notre troisième exposé aujourd'hui, madame le président et honorables sénateurs, est celui d'un membre très actif au sein Comité du droit, de la science et de la technologie de l'Association du Barreau canadien, qui a étudié le projet de loi S-33 du point de vue des règles de la preuve en ce qui a trait aux ordinateurs. Il s'agit là des trois présentations que notre délégation fera aujourd'hui. Tous les membres, je vous les présenterai dans quelques instants, sont, j'en suis convaincu, disposés à répondre à toutes vos questions et en mesure de le faire.

J'aimerais vous dire que j'ai eu l'occasion de beaucoup voyager au Canada au cours des derniers mois à titre de président de l'Association du Barreau canadien. Partout où je suis allé, dans des conversations que j'ai eues avec des juristes, juges et avocats, et avec des universitaires, j'ai appris que mes interlocuteurs étaient préoccupés par le projet de loi S-33. En effet, tous estimaient que le projet de loi est exagérément axé sur la Couronne.

Procureurs de la Couronne et avocats de la défense s'entendent sur ce point; c'est également l'opinion de juges qui s'occupent d'affaires civiles et de juges qui s'occupent d'affaires de droit coutumier; de juges qui se sont occupés d'affaires criminelles et d'affaires civiles. Un juge, dont je préférerais taire le nom, m'a récemment dit quelque chose qui pourrait vous intéresser, honorables sénateurs; il a déclaré que si le projet de loi n'est pas modifié—de façon considérable—lui et ses collègues au Canada devront presque jongler. Ils devront se mettre en quatre lorsqu'on fera appel à une disposition du projet de loi S-33 pour accepter l'élément de preuve ou pour empêcher son utilisation. Ils devront se mettre en quatre pour assurer non seulement qu'il y a justice, mais que le public est conscient de ce fait. J'ai cru que vous aimeriez être informés de ses propos.

Selon moi, il n'y a pas d'autre projet de loi, devant le Sénat ou la Chambre des communes, qui intéresse plus que celui-ci

[Text]

at the moment which is of more immediate interest to the members of the profession. Present here this afternoon as members of the delegation we have my colleagues, the National Vice-President, Mr. Robert McKercher, Q.C., from Saskatoon, and vous avez à ma gauche le bâtonnier du Québec, M^e Louis Lebel lui-même, qui a tenu à être présent. Il me reste simplement à vous dire merci de nous avoir convoqué à nouveau.

I would like to publicly acknowledge the work of many of the members of the association, some of whom are present today but many of whom are not, who have burned the midnight oil in order to see that our comments respecting Bill S-33 were delivered to honourable senators on time.

There are a variety of messages which are offered in conclusion, and I think I can summarize these conclusions as follows. I believe that members of the Justice Department, who have worked long and hard to produce Bill S-33, have done an admirable job. I think that these same people should heed the comments which are offered by associations such as the Canadian Bar Association because I repeat that these comments are intended to be constructive. I think the drafters of the legislation should heed those comments and that, wherever possible, they should revise Bill S-33.

Comme il devrait tenter de trouver d'autres solutions, avant de passer la parole à ceux qui ont quelque chose de plus substantiel à dire, permettez-moi de vous présenter les juristes qui m'accompagnent ici cet après-midi. Tout d'abord, je vous ai déjà présenté mon collègue, M^e Robert McKercher, vice-président national de l'Association. J'aimerais aussi vous présenter les membres de la délégation du Barreau du Québec: tout d'abord M. le bâtonnier Louis Lebel, M. le professeur Jacques Fortin, M^e Gustave Hébert et M^e Gérald Tremblay. Maintenant du Barreau canadien, qui se trouve devant vous, vous avez M^e John Sopinka, c.r., qui est de Toronto de même que M. Patrick Healy, who was the author of one of the chapters of the blue book; Mr. Marc Rosenberg, and my partner, Derek Guthrie. Mr. Guthrie will be addressing the law, science and technology portion of Bill S-33. Finally, last but not least, from the national office, le directeur exécutif, M. le bâtonnier, M^e Bernard Blanchard; my right-hand man in more ways than one, Mr. Eugene Oscapella; and Mr. Lorey Miller, also of the national office.

Sans plus tarder, madame le président, si vous le permettez, je vais céder la parole à M^e John Sopinka, qui va résumer les aspects de procédure civile du mémoire bleu; il sera suivi ensuite de M^e Rosenberg, who will address the criminal law aspect of the brief. Needless to say, they will both be prepared to answer questions pertaining to any of the chapters in the blue book. Merci.

Mr. John Sopinka, Q.C., Toronto, Member of Special Committee on S-33 (Of Canadian Bar Association): Madam Chairman, honourable senators, I will deal with the rule against hearsay, and I will start off by quoting a statement made by the great jurist Caesar Wright, who said that "no layman could ever hope to understand the rules of evidence and no lawyer could ever hope to explain them to a layman."

[Traduction]

les membres de ma profession. Cet après-midi, je suis accompagné de mes collègues, le vice-président national, M. Robert McKercher, c.r., de Saskatoon et . . . To my left is the bâtonnier for Quebec, Mr. Louis Lebel, who insisted on attending the proceedings here today. So, once again, thank you for inviting us to appear a second time before your Committee.

J'aimerais publiquement féliciter de nombreux membres de l'Association de leur excellent travail; certains d'entre eux m'accompagnent aujourd'hui. Ils ont travaillé fort avant dans la nuit pour que les commentaires de l'ABC sur le projet de loi S-33 vous soient livrés à temps.

En conclusion, nous formulons diverses recommandations et je crois que je puis les résumer de la façon suivante; je suis d'avis que les membres du ministère de la Justice, qui ont travaillé très fort et très longtemps à la rédaction du projet de loi S-33, ont fait un travail admirable. Je crois qu'ils devraient tenir compte des commentaires d'organismes comme l'Association du Barreau canadien, parce que, je le répète, il s'agit de commentaires constructifs. Je crois que les rédacteurs du projet de loi devraient tenir compte de ces commentaires et, dans la mesure du possible, s'en inspirer pour modifier le projet de loi S-33.

Since he should attempt to find other solutions, before giving the floor to those who have something more substantial to say, allow me to introduce to you the lawyers who are here with me this afternoon. First of all, I have already presented to you my colleague, Mr. Robert McKercher, National Association Vice-President. I would also like to introduce to you the members of the Quebec Bar delegation: bâtonnier Louis Lebel, Professor Jacques Fortin, Mr. Gustave Hébert and Mr. Gérald Tremblay. From the Canadian Bar, Mr. John Sopinka, Q.C., from Toronto, along with Mr. Patrick Healy, auteur d'un des chapitres du Livre bleu; Mr. Mark Rosenberg, et mon associé, Derek Guthrie. M. Guthrie vous dira quelques mots sur l'aspect du projet de loi S-33 qui porte sur le droit, la science et la technologie. Enfin, le dernier mais non le moindre, du Bureau national, le directeur exécutif, M. le bâtonnier, M^e Bernard Blanchard; mon bras droit à bien des égards, M. Eugène Oscapella; et M. Lorey Miller, qui est également membre du Bureau national.

Without any further ado, Madam Chairman, if I may, I will now give the floor to Mr. John Sopinka who will summarize the aspects of civil procedure in the blue brief; he will be followed by Maître Rosenberg, qui vous parlera du droit pénal. Nul besoin de dire qu'ils seront tous deux disposés à répondre aux questions, sur notre livre bleu, notre mémoire. Thank you.

M. John Sopinka, c.r., Toronto, membre du comité spécial d'étude du projet de loi S-33 (Association du Barreau canadien): Madame le président, honorables sénateurs, je vous parlerai des dispositions éterdisant l'acceptation du oui-dire, et je commencerai en vous citant le grand juriste, Caesar Wright, qui a déclaré qu'aucun profane ne peut espérer comprendre les règles de la preuve et qu'aucun avocat ne peut

[Text]

That is a rather telling comment, because I think we sometimes lose sight of the fact that the rules of evidence are not just for lawyers. Probably their most important operation is in a jury trial, where that very thing has to happen: A layman has to understand the rules of evidence and a lawyer has to try to explain them to him.

That points to the fact that in any revision of the rules of evidence an attempt should be made to simplify them and to eliminate some of the more technical language. I think it is a step in the right direction that in this bill with respect to the rule against hearsay, which is probably the most commonly encountered rule in all of the rules of evidence, the drafters have sought to do that.

In a text which I co-authored we thought that when the rules were revised they should provide that all hearsay would be admissible with certain exceptions. The drafters of this bill have taken the opposite tack, which is more in conformity with the present situation, to say that all new hearsay is excluded except in certain circumstances, and those exceptions have been considerably broadened over what they were at common law.

That was a step that was already being furthered by the judiciary, and in a number of cases there were more exceptions created.

In order to ensure that the old rigidity does not creep back into the rules of evidence, there is a general provision that a court can create additional exceptions. If you have the book before you, I refer to that provision on page 34.

With respect to the specific provisions I have some criticisms. Where I do not make criticisms that means that I consider the revision desirable.

I will go over fairly quickly the criticisms that I have and the improvements that I suggest. Of course I am aware of the fact that I am not necessarily talking to lawyers so I will try to keep it simple. If I cannot explain the rules of evidence to you, then that means that probably these rules are still too technical.

Subsection 45(2), which appears at page 35 of the text, provides that:

Hearsay is admissible if the parties agree and the court consents to its admission.

That is fine in criminal cases, but we do not need the consent of the court in civil cases, because I can tell you that the two parties can get together and can agree to any set of facts they wish to agree to, irrespective of whether those facts are borne out by the evidence, and the judge is bound by that agreement as to fact and it would therefore be a very serious retrograde step to say that you would have to get the consent of the court for the parties to agree to any evidence.

Subsection 45(4) provides that:

Whether an exception is properly created under subsection (3) is a question of law that is subject to appeal.

[Traduction]

espérer pouvoir les lui expliquer. Ce commentaire est plutôt révélateur, parce que je crois que nous oublions parfois que les règles de la preuve n'intéressent pas que les avocats. Leur rôle le plus important se présente probablement lors d'un jugement par jury: le profane doit comprendre les règles de la preuve et l'avocat, les lui expliquer.

Tout cela fait ressortir l'obligation qui revient aux responsables de toute révision des règles de la preuve de chercher à simplifier celles-ci et à en éliminer les termes vraiment techniques. Je crois qu'avec le projet de loi S-33, on a fait un pas dans la bonne direction, en ce qui a trait aux dispositions sur le oui-dire, que l'on retrouve dans toutes les règles sur la preuve.

Dans un texte que j'ai rédigé en collaboration, il est dit que toute révision des règles sur la preuve devrait prévoir l'admissibilité des diverses formes de oui-dire, à quelques exceptions près. Les rédacteurs du projet de loi qui nous intéresse ont pris une position contraire, qui est plus conforme à la situation actuelle; ils ont dit que tout oui-dire est exclu, sauf dans certaines circonstances. Ces exceptions ont été élargies de façon considérable si on les compare au droit coutumier.

C'était une mesure qui avait déjà été adoptée par la magistrature, et dans un certain nombre de cas on a créé de nouvelles dérogations.

Afin d'assurer que les anciennes mesures de rigidité ne seront pas réintroduites, une disposition générale prévoit qu'un tribunal peut créer d'autres dérogations. Si vous avez notre mémoire devant vous, vous retrouverez cette disposition à la page 34.

J'ai certains commentaires à faire sur des dispositions précises; si je ne parle pas de certaines dispositions, c'est que je juge leur révision souhaitable.

Je vous énoncerai brièvement mes commentaires et les améliorations que je propose. Évidemment, je sais que je ne parle pas à des avocats et j'essaierai de m'exprimer en des termes simples. Si je ne peux vous expliquer les règles sur la preuve, cela veut donc dire qu'elles sont probablement toujours trop techniques.

Le paragraphe 45(2) qui se trouve à la page 35 de notre mémoire est ainsi formulé:

Un oui-dire est recevable si les parties sont d'accord et si le tribunal y consent.

Cette disposition ne pose pas de problèmes lors d'affaires criminelles, mais nous n'avons pas besoin du consentement du tribunal pour les affaires civiles; je peux vous assurer que lors d'affaires civiles, les deux parties peuvent se rencontrer et se mettre d'accord sur un ensemble de faits, qu'ils soient confirmés ou non par des éléments de preuve, et le juge est restreint par cette entente; ce serait régresser que de rendre obligatoire l'obtention du consentement du tribunal, pour qu'il y ait entente entre les deux parties sur un élément de preuve.

Le paragraphe 45(4) dispose que:

Le bien-fondé de la création d'une dérogation en vertu du paragraphe (3) est une question de droit susceptible d'appel.

[Text]

Well, what if an exception is not created? That should also be a question of law and subject to appeal and indeed in the famous case, which is well known to all lawyers, of *Arès v. Venner* it was with respect to the refusal to create an exception that the appeal was taken to the Supreme Court of Canada.

There are then some exceptions that deal with exceptions where the declarant is available. Some of these are quite technical, but the one I want to deal with is at page 36. Section 47 provides that:

A record admissible under section 113 as past recollection recorded is admissible for all purposes.

I don't think any layman you would explain that to could possibly understand the law as it stood before. If a witness is called and has absolutely no recollection of a particular event but is shown some note or memorandum that he made previously and looks at it and says, "That is my writing and, if I wrote that, it must be true," the law as it stood was that the note itself was not evidence; it was what he said that was evidence.

It does not seem to make much difference, so far as I am concerned, whether or not his reading of the note is evidence or the record is evidence. All this section does is change the common law so that a note or memorandum is itself evidence. I think that that is a positive step.

On page 38 I have set out a number of sections which deal with previous statements of a witness who is called to give evidence. The common law was very tough on the admissibility of such statements. It did not favour a witness who was giving evidence putting in previous evidence that he had given.

These are very technical and I do not intend to go into all the technicalities of the common law, but as I see the object I consider it laudable and I set it out on page 39 of the material. I say:

The Task Force wished to ensure that only prior statements, the reliability of which can be guaranteed, would be admitted in evidence.

In this bill they considered that the reliability of such statements could only be guaranteed if they were made under oath or affirmation and were subject to cross-examination. Only those would be admitted to evidence for all purposes.

As I point out, I do not think they achieved that object, because so many of these sections are conflicting that it appears to me that they must have had two separate committees working on different aspects of the matter and that they did not communicate, because in fact, notwithstanding all these sections, you end up with very little.

Honourable senators, rather than going through these criticisms and how these sections interreact I suggest that the bill should be amended as set out at page 42. I can summarize all that by saying that previous statements, whether inconsistent

[Traduction]

Qu'arrivera-t-il si on ne crée pas de dérogation? Cela devrait être également une question de droit et faire l'objet d'un appel et, de fait, ans une affaire bien connue de tous les avocats, *Arès c. Venner*, on a abordé le refus de créer une dérogation. L'affaire a d'ailleurs été étudiée par la Cour suprême du Canada.

Il y a donc alors certaines exceptions qui portent sur les dérogations lorsque l'auteur de la déclaration est disponible. Certaines de ces dispositions sont techniques, mais celles dont je veux vous parler se trouvent à la page 36 de notre mémoire. L'article 47 porte que:

Une déclaration qui contient l'identification d'une personne par un témoin oculaire est recevable en preuve à toutes fins dans une procédure au cours de laquelle son auteur est cité comme témoin.

Je ne crois pas qu'un profane à qui vous expliqueriez la disposition pourrait comprendre la loi sous sa forme antérieure. Si un témoin est convoqué, qu'il ne se souvienne absolument pas d'un événement quelconque mais dise, après qu'on lui a montré une note ou un document qui porte sur une déclaration antérieure: «C'est mon écriture et si c'est ce que j'ai écrit, cela doit être vrai,» aux termes de la loi antérieure, la note en soi n'aurait pas constitué un élément de preuve; l'éterment de preuve était la déclaration.

Selon moi, que l'élément de preuve soit la lecture de la note ou la note en soi n'a pas beaucoup d'importance. Cet article ne fait que changer le droit coutumier de façon qu'une note puisse être admissible comme élément de preuve. Je crois que c'est une bonne décision.

A la page 38, j'ai donné une série d'articles qui portent sur les déclarations antérieures d'un témoin. Le droit coutumier était très strict en ce qui a trait à l'admissibilité de telles déclarations. Il ne favorisait pas le témoin qui répétait un témoignage antérieur.

Ce sont là des aspects très techniques du droit coutumier sur lesquels je ne désire pas me pencher, si j'ai bien compris l'objet de cette disposition, je crois qu'elle est très valable et j'en parle à la page 39 du mémoire. Je dis:

Le groupe de travail désirent s'assurer que seules les déclarations antérieures, dont la fiabilité peut être garantie, seraient admises comme éléments de preuve.

Dans ce projet de loi, on a jugé que la fiabilité de telles déclarations ne pouvait être garantie que si elles étaient présentées sous serment ou qu'il y eût confirmation et qu'elles eussent fait l'objet d'un contre-interrogatoire. Seules ces déclarations seraient admissibles comme éléments de preuve.

Comme je le signale, je ne crois pas que les rédacteurs aient réalisé cet objectif, car à en juger par le nombre d'articles contradictoires, deux comités indépendants ont dû étudier divers aspects de la question et sans pourtant se consulter. De fait, même si l'on ne tient pas compte de ces articles, le projet de loi apporte très peu.

Honorables sénateurs, au lieu d'étudier ces critiques et d'expliquer les liens qui existent entre les divers articles, je propose de modifier le projet de loi comme on le suggère à la page 42 du mémoire. Je peux résumer tout cela en disant que

[Text]

or consistent, should be admissible for all purposes except where they are protected by the Charter. The Charter, which must be taken into account in dealing with this area, now says that any witness who testifies, whether or not he claims the privilege, cannot have his evidence used against him to incriminate him in any other proceeding. That means that you could never introduce a statement made in a previous case against a witness and say that it was introduced for the purpose of proving the truth of the contents of the statement. Therefore, that kind of statement can be used only for the purpose of attacking the credibility of a witness. I say that, except in that kind of statement, whether or not a previous statement was made under oath or affirmation or otherwise, it should be admissible not for the limited purpose it has now of attacking credibility but for all purposes. The reason I say that is that I have never understood any juror to be able to grasp the distinction between using a statement merely for the purpose of testing credibility and using it for all purposes.

Let me give you an example. If a witness says, "I saw X," and he is cross-examined on a statement in which he said, "I did not see X," the present law is that the jury can say, "Well, we can use that statement so that we don't believe him when he says, 'I saw X,' but we cannot use that statement to find that he did not see X." That is nonsense. No juror can understand that distinction. Mr. Justice Estey doesn't think that distinction should exist, and he is a jurist of great experience, and I think it should be eliminated and that the formalism attaching to statements made under oath and affirmation should be taken out of the bill.

I now turn to the next area, where either the declarant or the testimony is unavailable. This was the approach we followed: At common law there were two criteria on which an exception to the hearsay rule was based. There was the unavailability of the declarant—and at common law that always meant that he was dead; and there was the presence of circumstances that made the declaration trustworthy.

The approach taken by the drafters of Bill S-33 is, in civil cases, to expand considerably the situations in which the declarant is considered to be unavailable. The second criterion, that is the assurance that the statement is trustworthy, is simply ignored except in the case of an admission of a statement based on expense or inconvenience, in which case the judge can require the witness to be produced for cross-examination.

In criminal cases, however, there is a very slight change. Unavailability is expanded to include not only death but situations in which the witness is incompetent or is unable to testify by reason of physical or mental condition. I think that is certainly a warranted extension, because the evidence is just as unavailable if the witness is unable to testify as it is if the

[Traduction]

les déclarations antérieures, qu'elles soient inconséquentes ou pas, devraient être admissibles dans tous les cas sauf lorsqu'elles sont protégées par la Charte des droits. La Charte des droits, dont on doit tenir compte lorsqu'on traite de questions de ce genre, prévoit maintenant que tout témoin, qu'il revendique ou non le privilège, a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. Cela veut dire qu'il est impossible d'apporter en preuve une déclaration faite dans une affaire précédente à l'encontre d'un témoin et de prétendre qu'une telle action vise à prouver que ladite déclaration est digne de foi. Par conséquent, ce genre de déclaration ne peut être utilisé que pour contester la crédibilité d'un témoin. A mon avis, sauf dans de tels cas, qu'il s'agisse ou non d'une déclaration antérieure faite sous serment, sous affirmation ou sous toute autre forme, elle devrait être recevable en preuve non pas aux fins restreintes qu'elle vise maintenant, c'est-à-dire attaquer la crédibilité d'un témoin, mais à des fins multiples. Et ce, parce que je n'ai jamais compris comment un juré arrivait à saisir la distinction entre le fait d'utiliser une déclaration à la seule fin de vérifier la crédibilité d'un témoin et le fait de l'utiliser à toutes les autres fins.

Permettez-moi de vous donner un exemple. Si un témoin dit: «J'ai vu telle personne», et qu'après contre-interrogatoire, il dise: «Je n'ai pas vu cette personne», aux termes de la loi actuelle, le juré peut utiliser cette déclaration et dire qu'il ne croit pas l'inculpé lorsqu'il déclare avoir vu telle personne, alors qu'il ne peut recourir à cette même déclaration pour déterminer si l'accusé a bien vu la même personne. C'est ridicule. Aucun juré ne peut saisir cette distinction. Lui-même juriste d'expérience, le juge Estey ne croit pas que cette distinction devrait exister et à mon avis, elle devrait être supprimée; j'estime en outre que le formalisme inhérent à ces déclarations faites sous serment ou sous affirmation devrait être supprimé du projet de loi.

J'aborderai maintenant la prochaine question, à savoir lorsque le déclarant ou le témoignage n'est pas disponible. Voici l'approche qui a été adoptée. En common law, l'exception à la règle du oui-dire est fondée sur deux critères; d'abord, la non-disponibilité du déclarant, ce qui, dans ce régime, suppose que le déclarant est décédé; deuxièmement, les circonstances qui rendent la déclaration digne de foi.

En matière civile, l'approche qu'ont prise les rédacteurs du projet de loi S-33 est d'élargir les conditions aux termes desquelles le déclarant est considéré comme étant non disponible. Quant au second critère, c'est-à-dire l'assurance que la déclaration est digne de foi, on n'en tient tout simplement pas compte sauf dans le cas d'une admission de déclaration fondée sur des inconvénients, dans lequel cas le juge peut demander au témoin de se représenter à la barre pour contre-interroger.

En matière criminelle, toutefois, une légère modification est apportée. Les critères concernant la non-disponibilité sont élargis pour inclure non seulement la mort mais des cas où le témoin est inhabilité à témoigner ou incapable de ce faire pour cause de maladie physique ou mentale. Je crois que c'est là une mesure tout à fait justifiée parce que la preuve n'est tout

[Text]

witness is dead. It does not make it any more or less reliable one way or the other.

I think that is a desirable extension. I thought they should have extended it to include other things, but I notice that the judge can create other exceptions, and bearing in mind what the president said about the view of the criminal bar and many others, that this statute is too crown-minded, that could be alleviated to some extent by the judge being much more relaxed or relaxing the rules with respect to evidence tendered by the accused. Even under the common law very often evidence that is of tenuous admissibility is let in by a judge when it is tendered by the accused rather than by the Crown.

With respect to the hearsay rule, if the hearsay rule is too crown-minded, and I don't think it is, that is one way in which that could be taken care of.

The Chairman: Mr. Sopinka, would you like to recommend that there be further exceptions or extensions, or do you feel that that should be left in the form it is now?

Mr. Sopinka: I think it can be left to the judge, because without a lot of further study I am not sure just how many further exceptions there should be in criminal cases. I know that the criminal bar is quite concerned about the Crown being allowed to introduce hearsay evidence where the declarant is unavailable. So I think that it is better dealt with by the judge at his discretion. He knows the particular case and how important the evidence is.

However, there might be a provision inserted in the bill expressly to allow the judge to be more lenient in exercising his discretion in creating exceptions in favour of the accused than he is with respect to the Crown. Or perhaps something could be inserted to encourage him to do that.

Dealing now with the exceptions in criminal cases, I have already said that the only change in the criteria in criminal cases is that unavailability is advanced this one step and then the specific instances in which the exceptions exist are the same as those at common law.

Let me deal first with dying declarations. If a witness is unavailable, a dying declaration can be introduced. That is much the same as the exception at common law, but it is limited to charges of murder, manslaughter and criminal negligence. The theory is that you should not allow that kind of evidence in in less serious charges. Frankly, I think that is faulty reasoning, because either dying declarations are trustworthy evidence or they are not. If they are trustworthy evidence, then they should be admitted in all cases. If they are not trustworthy evidence, why would you admit them in those cases where the consequences are the most grave for the accused? In my opinion it is either all or nothing, and I say that it should be all, because it is an exception that has existed at common law and should be preserved.

[Traduction]

simplement pas faite, pas plus si le témoin est incapable de témoigner que s'il est décédé. D'une façon ou de l'autre, la preuve n'est pas plus ou moins fiable.

A mon avis, c'est là une mesure souhaitable. Je crois qu'on aurait dû l'élargir encore pour y inclure d'autres éléments, mais je remarque que le juge peut créer d'autres exceptions et, compte tenu de ce que le président a déclaré au sujet de la position du barreau criminel et de nombreux autres, que ce projet de loi favorise trop la Couronne; cet obstacle pourrait être levé dans une certaine mesure par le juge qui pourrait faire preuve d'une plus grande souplesse ou atténuer les règles afférentes à la preuve présentée par l'inculpé. Même en common law, la preuve dont la recevabilité est mince est souvent acceptée par un juge lorsqu'elle est présentée par l'inculpé plutôt que par la Couronne.

En ce qui concerne la règle du oui-dire, si elle favorise trop la Couronne, et je ne crois pas que tel soit le cas, c'est là une façon d'aborder la question.

Le président: Monsieur Sopinka, aimeriez-vous recommander l'adoption d'autres exceptions ou améliorations ou croyez-vous que la disposition devrait rester dans son forme actuelle?

M. Sopinka: A mon avis, c'est le juge qui devrait décider parce que tant qu'on n'aura pas étudié davantage la question, je ne suis pas sûr combien d'autres exceptions pourraient s'ajouter en matière criminelle. Je sais que les avocats au criminel s'inquiètent beaucoup de voir que la Couronne puisse présenter une preuve de oui-dire lorsque le déclarant n'est pas disponible. Donc, je pense qu'il est préférable de laisser la question à la discrétion du juge. Il connaît l'affaire et sait à quel point la preuve est importante.

Toutefois, on devrait peut-être inclure dans le projet de loi une disposition permettant expressément au juge d'être plus indulgent lorsqu'il fait preuve de discrétion en créant des exceptions en faveur de l'inculpé qu'il ne l'est en faveur de la Couronne. Ou peut-être encore une disposition pourrait-elle être incluse pour l'encourager à ce faire.

En ce qui a trait maintenant aux exceptions en matière criminelle, j'ai déjà dit que le seul changement apporté aux critères pertinents, c'est que la non-disponibilité est améliorée d'un cran alors que les cas précis permettant des exceptions sont les mêmes qu'en common law.

Permettez-moi premièrement d'aborder la question des déclarations de mourants. Si un témoin n'est pas disponible, on peut alors présenter une telle déclaration. C'est en gros la même exception qu'accepte la common law, quoique restreinte aux accusations de meurtre, d'homicide involontaire coupable et de négligence criminelle. En théorie, ce genre de preuve ne doit pas être reçue dans des mises en accusations moins graves. En toute franchise, je crois que le raisonnement est fautif parce que les déclarations de mourants sont dignes de foi ou elles ne le sont pas. Si elles le sont, eh bien alors elles doivent être reçues dans tous les cas. Par contre, pourquoi les recevoir en preuve dans les cas où les conséquences sont des plus graves pour l'inculpé? A mon avis, c'est tout ou rien, mais je crois qu'on doit tout accepter parce que c'est une exception qui a toujours existé en common law et qui doit être conservée.

[Text]

The only other exception in criminal cases I wish to deal with is contained at page 49, section 55, declarations against pecuniary, proprietary or penal interest. The Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence recommended that, when dealing with this kind of declaration, "unavailable" should include "beyond the court's process." This may be an area where perhaps the crown attorneys had too much influence. They were concerned that a kind of situation would develop in which, every time the accused wanted a defence, he would get somebody outside the jurisdiction to say, "I did it." Then, because that person was beyond the Court's process, that statement would be admissible and it would raise a reasonable doubt. So that was left out of the definition of "unavailable."

Well, quite frankly, just because the odd, phoney piece of evidence is let in does not mean that they should exclude all others which may not be phoney. Is phoney or not can be decided by a judge when the evidence is allowed in. But if you do not allow any of it in, you never even get a chance to rule on whether it is phoney or not. So I think they should have accepted the recommendation of the task force there.

That is all I have to say about hearsay evidence, Madam Chairman.

The Chairman: Thank you, Mr. Sopinka.

Mr. Fortier: With your permission, Madam Chairman, honourable senators, I would ask Mr. Marc Rosenberg to speak to evidence in criminal matters specifically, and then the whole blue book can become the object of discussion and questions, and we will try to reply to those questions.

The Chairman: Mr. Rosenberg.

Mr. Marc Rosenberg, Toronto, Member of Special Committee on S-33 (Canadian Bar Association): Thank you, Madam Chairman. Honourable senators, as you are aware, I wrote the first part of this blue book on burden of proof. However, I will attempt to deal with some of the criminal law matters throughout the entire book.

Mr. Tollefson and his committee identified most of the policy choices in their report to the Uniformity Commissioners, and I would like to highlight certain areas where I feel, and the Canadian Bar Association feels, that the correct choice was not made and thus the commissioners failed the test of whether or not this legislation has merit and whether it represents fairness, rationality and clarity.

Many of the provisions incorporated in bill S-33 represent the correct choice, of course. For example, section 165 of the bill, the privilege for psychiatric assessment, removes a long-existing unfairness which many judges and lawyers had commented on over the years. Section 168, which clarifies the spousal privilege area, is a welcome clarification of the law. Section 65, which removes the *DeClercq* rule, which has been a thorn in the sides of many judges and defence counsel and even many crown counsel, has been removed.

[Traduction]

La seule autre exception en matière criminelle que je veux aborder se trouve à la page 49, article 55, soit les déclarations qui vont à l'encontre des intérêts pécuniaires ou patrimoniaux. Le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation de la Loi de la preuve a recommandé, eu égard à ce genre de déclaration, d'inclure dans le terme «non disponible» le sens de l'expression «qui dépasse la compétence du tribunal.» C'est là peut-être un domaine sur lequel les procureurs de la Couronne ont exercé une trop grande influence. Ils se sont demandés si on n'en viendrait pas à un moment donné où chaque fois que l'inculpé voudrait une défense, il trouverait quelqu'un étranger à la cause pour dire: «C'est moi le coupable.» Alors, comme cette personne n'est pas soumise au tribunal, sa déclaration serait recevable et serait une quasi-certitude. C'est donc pour cette raison que cet élément a été exclu de la définition de «non disponible.»

Eh bien, en toute franchise, ce n'est pas parce que cette preuve bizarre et fausse est reçue qu'on doit exclure toutes les autres qui sont peut-être dignes de foi. Et cela, c'est au juge d'en décider lorsque la preuve est reçue. Mais si aucune preuve n'est reçue, vous n'aurez jamais la chance de prendre une décision. C'est pour cette raison qu'à mon avis, on aurait dû accepter la recommandation du Groupe de travail.

Voilà, c'est tout ce que j'ai à dire sur la preuve par ouï-dire, madame le président.

Le président: Merci, monsieur Sopinka.

M. Fortier: Si vous permettez, madame le président, honorables sénateurs, j'aimerais demander à M. Marc Rosenberg de nous entretenir de la preuve en matière criminelle, plus particulièrement, après quoi tout le livre bleu pourra être discuté et faire l'objet de questions auxquelles nous essaierons de répondre.

Le président: Monsieur Rosenberg.

M. Marc Rosenberg, Toronto, membre du comité spécial sur le projet de loi S-33 (Association du Barreau canadien): Merci, madame le président. Honorables sénateurs, vous savez sans doute que j'ai rédigé la première partie de ce livre bleu sur le fardeau de la preuve. Toutefois, je vais tenter d'aborder certaines des questions en matière criminelle qui sont soulevées dans tout le document.

M. Tollefson et son comité ont précisé la plupart des politiques dans leur rapport présenté aux commissaires; j'aimerais ici souligner certains éléments qui, à mon avis, et de l'avis de l'Association du Barreau canadien, ont fait l'objet d'un choix erroné, faisant ainsi en sorte que les commissaires n'ont pu vérifier le bien-fondé de ce projet de loi ni constater s'il est juste, rationnel et précis.

Nombre des dispositions incluses dans le projet de loi S-33 témoignent, bien sûr, d'un choix judicieux. Par exemple, l'article 165 portant sur le secret relatif à un examen psychiatrique vient effacer une injustice qui existait depuis longtemps et qui a été commentée à maintes reprises au cours des années par les juges et les avocats. L'article 168 précise le droit au secret conjugal et constitue en cela un éclaircissement qui est le bienvenu. L'article 65, qui supprime la règle *DeClercq*, épine

[Text]

On the other hand, there are other areas where the policy choice, in my submission, is unfair and is really not justified on any rational basis. Much of what I will be saying will touch on the Charter of Rights, because I think that the drafters of this bill did not pay enough attention to the provisions of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. We have become very conscious of that in the last year or so. And we have tended to look at many of these provisions in light of the Charter which represents a determination of basic principles of fairness, and any provision which appears to conflict with the Charter should be closely examined.

One of the fundamental rights that is guaranteed by the Charter in section 11(d) is the presumption of innocence. The practical way in which common law countries have always considered or implemented the presumption of innocence is to require the prosecution or the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt. This principle has never been absolute, but section 1 of the Charter requires that any limitation of this fundamental requirement should be reasonably justified.

In looking at the specific provisions of Bill S-33, section 11(1) of that bill indicates the basic rule. That is that the Crown must prove each element of the offence beyond a reasonable doubt. The problem occurs, in my view, in section 11(3) which imposes a burden on the accused to disprove, on a balance of probabilities, any fact in issue where an enactment expressly imposes a legal burden on an accused of that fact. Just so that there is no doubt about it, that is not inconsistent with the law as it stands at the present time, leaving aside the Charter. That is, at common law, it had been held that it was open to Parliament or the legislature to shift the burden of proof of a specific fact or element to the accused, or to the defence. In my submission to you, however, the point is that in drafting a new bill, in light of the Charter of Rights and Freedoms you should be conscious that we now have entrenched the presumption of innocence in section 11(d) of the Charter.

The sections of this proposed legislation, Bill S-33, particularly section 11 and those sections that surround it, are not only unclear, in my view, but they may very well offend the Charter of Rights and Freedoms. Section 11(1) is unclear because it says that the burden is on the Crown to prove every essential element of the offence. Then you look at section 11(3) and it permits the shifting of the burden to the accused on a balance of probabilities of any fact in issue. You will get, therefore, a whole body of case law that will grow up as to what the difference is between an element of an offence as opposed to a fact in issue. To me, the clarity for which we should strive in this kind of bill has been lost in this provision. It is unclear in the sense that the accused may be convicted of an offence, even though the trier of fact has a doubt as to his guilt, because the accused has failed to establish on a balance of probabilities that he was innocent.

[Traduction]

tirée du pied de nombreux juges et avocats de la défense et de la Couronne, a été supprimé.

Par contre, il y a d'autres questions qui, à mon avis, ne sont pas abordées de façon équitable et qui ne se justifient pas selon des principes rationnels. La grande partie de mon intervention portera sur la Charte canadienne des droits et libertés parce que, à mon avis, les rédacteurs du projet de loi n'ont pas attaché suffisamment d'importance à ses dispositions. Depuis l'an dernier, nous sommes très conscients de cette Charte. Et nous avons tendance à examiner nombre de ces dispositions à la lumière de la Charte qui constitue une base de principes fondamentaux équitables, et toute disposition qui semble entrer en conflit avec la Charte doit être examinée de très près.

L'un des droits fondamentaux garantis par celle-ci au paragraphe 11d) est la présomption d'innocence. De façon pratique, dans les pays soumis à la common law, on a toujours considéré ou appliqué la présomption d'innocence de cette façon: la défense ou la Couronne doit prouver tous les éléments du délit au-delà d'un doute raisonnable. Ce principe n'a jamais été absolu, mais l'article 1 de la Charte dispose que toute restriction de ce droit fondamental doit être raisonnablement justifiée.

Si vous regardez de près les dispositions précises du projet de loi S-33, le paragraphe 11(1) contient effectivement cette règle fondamentale, à savoir que la Couronne doit faire la preuve de chaque élément du délit au-delà d'un doute raisonnable. A mon avis, le problème se pose au paragraphe 11(3) qui impose expressément la charge de la preuve légale de la réalité d'un fait contesté à l'inculpé, celui-ci s'en acquittant sur preuve par présomptions. Cela ne fait aucun doute, cette disposition n'est pas conforme à la loi dans son libellé actuel, et ne tient pas compte de la Charte. En common law, il a toujours été accepté qu'il appartenait au Parlement ou aux Assemblées législatives d'imposer la charge de la preuve légale d'un fait contesté à l'inculpé ou à la défense. A mon avis, toutefois, le problème est le suivant: en rédigeant un nouveau projet de loi à la lumière de la Charte des droits et libertés, il faut être conscient que nous avons encaissé la présomption d'innocence au paragraphe 11(d) de la Charte.

Selon moi, les articles de ce projet de loi S-33, tout particulièrement l'article 11 et les suivants ne sont pas clairs et pourraient très bien aller à l'encontre de la Charte des droits et libertés. Le paragraphe 11(1) est obscur parce qu'il dispose que la charge de la preuve légale incombe à la Couronne. Vous passez ensuite au paragraphe 11(3) qui, lui, impose la charge de la preuve légale de la réalité d'un fait contesté à l'inculpé. Par conséquent, vous allez aboutir avec toute une série de causes qui feront jurisprudence et qui vont se faire de plus en plus nombreuses quant à savoir quelle est la différence entre un élément d'un crime par opposition au fait contesté. Pour moi, la clarté que nous devons rechercher dans ce genre de projet de loi s'est estompée dans cette disposition. En effet, la disposition est obscure, en ce sens que l'accusé peut être reconnu coupable d'un crime, même si le juge doute de sa culpabilité parce que l'accusé n'a pas réussi à établir, sur preuve de présomptions, qu'il est innocent.

[Text]

The most glaring example of that, up until now, has been the reverse onus in the Narcotic Control Act. As you are probably aware, the reverse onus in this provision requires the accused to prove on the balance of probabilities that he did not have a drug for the purposes of trafficking. Three provincial courts of appeal have now struck down that provision and in my submission to you, you run the risk of this provision also being struck down. It is a general provision and it simply may not be able to stand in light of the Charter.

It is unfair, in our view, to impose upon the accused the burden to prove on a balance of probabilities that he is innocent. It is unfair for him to hear a judge say, "Well, I may have a doubt as to your guilt, but you have not proved on a balance of probabilities that you are innocent." We have, in our office, dealt with people on that basis; people who have been convicted have heard those words said by a judge, and it is difficult to explain to a layman that while he is innocent the law requires that he be convicted.

Section 12 of Bill S-33, in my view, suffers from the same fundamental defect. At pages 9 to 13 of our brief, I have dealt at length with the problems that section 12 represents. While it may be fair and even constitutional to shift the burden of proof of a particular defence or excuse to the accused, in our view it is not fair to do so with every excuse, which is the essential effect of section 12.

Section 12 is an extension of a provision that is already in the Criminal Code of Canada. Section 730(2) of the Code provides that, in summary conviction offences, the burden is on the accused, the defendant, to prove any exemption or exception, proviso et cetera, which is the same as the present section 12. What you have to understand about section 12 is that it now applies not only to summary conviction offences, which are minor offences, but to all indictable offences as well. That is, the whole range of offences. The exclusion from section 12, effectively, are what are referred to as defences of general application which may relieve against the reversal of the burden of proof of certain defences, but as I have set out in the paper, it raises real difficulties of interpretation. No one knows for sure what an excuse is as opposed to a defence; no one knows for sure what a defence of general application is as opposed to a defence of special application, or a defence in a particular section. Again, leaving aside questions of fairness and constitutionality, where is the clarity that this kind of legislation should bring to bear? In my submission, it is simply not there.

The practical concern is that the Crown should not bear the burden of disproving any fanciful defence or every fanciful excuse that may be available to an accused. That, however, can be met by a simple provision that puts the evidentiary burden on the accused. If he wants to rely on a particular defence, then he has to at least make it a live issue by cross-examination of Crown witnesses, by his own testimony and by testimony of other witnesses. That would be sufficient,

[Traduction]

L'exemple le plus frappant, jusqu'à maintenant, est la disposition obligeant à renverser le fardeau de la preuve dans la Loi sur les stupéfiants. Comme vous le savez probablement, l'inculpé est tenu de prouver, sur preuve de présomptions, qu'il ne possède pas de stupéfiants aux fins de trafic. Trois cours d'appel provinciales ont maintenant rejeté cette disposition et à mon avis, vous courez le même risque. C'est là une disposition générale qui risque tout simplement de ne pas pouvoir tenir le coup à la lumière de la Charte.

A notre avis, il est injuste d'imposer à l'accusé de prouver, sur preuve par présomptions, qu'il est innocent. C'est injuste pour lui de se faire dire par le jugé : «Eh bien, j'ai peut-être des doutes quant à votre responsabilité, mais vous n'avez pas prouvé sur preuve de présomptions que vous êtes innocent.» Dans notre étude, nous avons abordé le cas de personnes dans les mêmes circonstances; des gens ont été reconnus coupables après s'être fait dire de telles choses par un juge et il est difficile d'expliquer à un profane que bien qu'il soit innocent, la loi oblige à le reconnaître coupable.

L'article 12 du projet de loi S-33, à mon avis, souffre la même lacune fondamentale. Aux pages 9 à 13 de notre mémoire, j'ai abordé en détail les problèmes que pose cet article 12. Bien qu'il soit juste et peut-être constitutionnel d'imposer la charge de la preuve d'une défense ou d'une excuse particulière à l'inculpé, à notre avis il n'est pas juste de le faire pour chaque excuse, conséquence première qu'à l'article 12.

L'article 12 est la prolongation d'une disposition qui se trouve déjà dans le Code criminel du Canada. Le paragraphe 730(2) du Code dispose que, dans les cas d'une infraction punissable sous déclaration sommaire de culpabilité, il appartient à l'inculpé, à la défense, de faire la preuve de toute exemption ou exception, réserve, etc., ce qui revient exactement au même que l'article 12. Ce qu'il faut voir dans cet article, c'est qu'il s'applique non seulement aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, qui sont des infractions mineures, mais à tous les actes criminels. C'est-à-dire à toutes les infractions. Les exceptions à l'article 12, qui sont effectivement ce que l'on désigne comme étant des défenses d'application générale qui risquent de militer contre le revers du fardeau de la preuve de certaines défenses, mais comme je l'ai signalé dans le document, cet article pose de véritables difficultés d'interprétation. Personne ne sait à coup sûr ce qu'est une excuse par opposition à une défense; personne ne sait de façon certaine ce qu'est une défense d'application générale par opposition à une défense d'application spéciale ou une défense dans un article précis. Une fois encore, abstraction faite des questions de justice ou de constitutionnalité, où se trouve la clarté dans ce genre de projet de loi? A mon avis, ce n'est pas là qu'on la retrouve.

En pratique, la Couronne ne doit pas se voir imposer la charge de réfuter toute défense ou toute excuse couverte de fil blanc dont peut disposer l'inculpé. Cependant, cette difficulté peut être surmontée par l'adoption d'une simple disposition prévoyant que la charge de la preuve incombe à l'inculpé. Si ce dernier veut invoquer une défense précise, et bien alors il doit en faire une véritable question au moyen d'un contre-interrogatoire des témoins de la Couronne, de son propre témoignage

[Text]

and that is what we have proposed in the paper. It would be a retrograde step, in my view, to take this section, which has been heavily criticized as it stood in the Criminal Code of Canada, section 730(2), and make it apply to the whole range of offences.

The next area that I would like to refer to is the area of character evidence. This is one of the most difficult areas in the law of evidence and most practitioners, certainly of criminal law, would welcome a statute which sets out the rules in a clear and rational way, leaving aside which side of the fence they have to be on, be it Crown or defence oriented. This is one area where it is a welcome addition to have the rules set out. Quite frankly, the cases go all over the map in this area and the common law has not been dealing with this area very satisfactorily. There are, however, some problems with the group of sections 23 to 32 and the way that it has been dealt with in Bill S-33. For example, section 25(2) provides that, where an accused has put his character in issue, the prosecution may adduce evidence of any character trait of the accused. I would hope and expect that that does not mean what it says and that that section is limited by the rule of relevancy in section 22. In other words, it has to be a character trait that is relevant. However, you have given the prosecution a specific power or opportunity to adduce evidence and I think it should be made clear that it is intended that it should only be relevant character traits which the prosecution can adduce.

Section 28 presents another serious problem. My partner, Mr. Edward Greenspan, was here previously and dealt extensively with that section, so I do not think I need to go into it. The problem that he raised, the specific overruling of the *Regina v. Scopelliti* case is a serious matter and is something that I think has to be looked at again.

I will turn now, if I might, to the area of confessions which involves a group of sections, starting at section 63 of the bill. This is discussed in our paper, commencing at page 56.

This is an important area of the law and a difficult one. It would take several hours to really do justice to the provisions dealing with the confession rule alone. However, let me point out what I consider to be very serious problems.

First of all, we have a basic difficulty with the definition of "voluntary" as it is defined in clause 63. In my view, the task force and Bill S-33 have gone off the track with respect to the definition of "voluntary." The bill adopts a limited definition; the definition, as you have heard from other witnesses who have explained *Ibrahim v. The King*—an old English case—does not fully express the true concept of voluntariness which has been adopted in case law.

[Traduction]

et du témoignage d'autres personnes. Cela suffirait, et c'est ce que nous proposons dans notre document. Il s'agirait d'une mesure rétrograde, à mon avis, de faire en sorte que cette disposition, qui a été fortement critiquée dans sa forme actuelle du Code criminel du Canada, paragraphe 730(2), et de l'appliquer à toute la gamme des infractions.

La prochaine question que j'aimerais aborder porte sur le témoignage de moralité. C'est là une des questions des plus difficiles dans la Loi sur la preuve et la plupart des praticiens, certainement en matière criminelle, seraient heureux de voir adopter une loi qui définit les règles de façon claire et rationnelle, en ne tenant pas compte des éléments sur lesquels ils doivent être fondés, qu'il s'agisse d'une mesure en faveur de la Couronne ou de la défense. C'est là une question qui constitue un ajout accepté de bon cœur. En toute franchise, dans ce domaine, on retrouve des causes dans tout le pays et la common law n'a jamais abordé cette loi de façon très satisfaisante. Toutefois, certains problèmes se posent avec le groupe d'articles 23 à 32 et la façon dont ils sont abordés dans le projet de loi S-33. Par exemple, le paragraphe 25(2) stipule que, dans le cas où l'inculpé a cherché à établir un élément de sa moralité, le poursuivant peut présenter une preuve concernant tout élément de celle-ci. J'espère que j'interprète mal le paragraphe et que celui-ci est limité par la règle de la pertinence de l'élément de preuve dont il est question à l'article 22. Autrement dit, il faut que l'élément de la moralité soit pertinent. Toutefois, vous avez donné à la poursuite le pouvoir de présenter une preuve, et je crois qu'il faudrait préciser que la poursuite ne peut présenter que des éléments pertinents de la moralité.

L'article 28 pose également un grave problème. Comme mon associé, M. Edward Greenspan, a déjà comparu devant vous et a traité en long et en large de cet article, je ne crois pas avoir besoin d'y revenir. Le problème qu'il a soulevé, l'annulation de la décision dans l'affaire *Regina v. Scopelliti*, est une question sérieuse sur laquelle il faudrait, à mon avis, se pencher de nouveau.

Permettez-moi maintenant de parler des confessions dont il est question dans un certain nombre d'articles du projet de loi, à partir de l'article 63. Nous traitons de cette question dans notre mémoire à partir de la page 56.

Il s'agit d'un domaine important de la loi qui présente des difficultés. En toute justice, il faudrait consacrer plusieurs heures à l'analyse des dispositions traitant de la règle de la confession. Permettez-moi toutefois, d'attirer votre attention sur ce que j'estime être de très graves problèmes.

Premièrement, la définition de l'expression «déclaration spontanée» qui apparaît à l'article 63 nous paraît contestable. À mon avis, le groupe de travail et les rédacteurs du projet de loi S-33 ont fait fausse route en ce qui concerne la définition de l'expression «déclaration spontanée». Nous avons affaire ici à une définition limitée. Celle-ci, comme vous l'on dit d'autres témoins qui ont expliqué l'affaire *Ibrahim v. The King*—une ancienne affaire jugée en Angleterre—n'exprime pas tout à fait le véritable concept de la spontanéité qui a été adopté en droit jurisprudentiel.

[Text]

There are differences of opinion; some people are of the view that the definition of "voluntary" currently in the bill would cover a wide range—that is, it would also incorporate exclusion of statements on the basis of oppression and on the basis as set out in a group of cases decided by the Supreme Court of Canada. In that regard, I would cite *Horvath v. The Queen* and *Ward v. The Queen*. Those cases, and others, really expanded the definition of "voluntariness" to give it the ordinary meaning.

In Canada we do not have anything like the Judges' Rules they have in Britain; nor do we have the Miranda exclusionary rule that they have in the United States. So, in my view, it is important that we have a flexible exclusionary rule for confessions. This is one of the important parts of the bill and, in my view, it is wrong to freeze the development of the law to the narrow definition found in clause 63.

Clause 64 deals with the burden of proof. There has been considerable comment by many other witnesses before the committee regarding the burden of proof, and I do not think I should add anything more except one point. We consider this to be a serious mistake in the drafting of the bill.

As well, in our view it makes no sense to exclude certain statements by the accused from the voluntary rule. You will see from the manner in which the bill is drafted that certain statements by the accused do not have to be proven to be voluntary; they fall in the so-called *res gestae* category—that is, they were supposed to have been made spontaneously.

This is not so much a fairness problem as a clarity problem, in my view. What the Supreme Court of Canada did in a case called *Erven*, which has been mentioned to you before, was basically to establish a rule that any statement by an accused that is adduced by the prosecution must be proven to be voluntary during a voir dire. That was a simple rule that everyone understood. It was open to the accused to waive the voir dire and admit that it was voluntary, but it was at least a simple rule that everyone could understand. What you are getting into now is a situation in which you will have voir dres to determine whether there should be a voir dire. The Crown Attorney will say: "Well, this statement is a *res gestae* statement." The defence will say: "It is not; it is a regular confession and you must prove it to have been made voluntarily." So, the judge will have to hold a voir dire in any event to determine whether the statement was made voluntarily. Why not have one simple rule for clarity's sake? In my view, there is no justification for this kind of chopping up of the confession rule.

Turning to another area that we, as members of the defence bar, are very concerned about that is the area of alibi. I shall just deal with this briefly because my colleagues from Quebec will have more to say about this.

What we are particularly concerned about is clause 85(1) which, as drafted, will prevent the accused from leading

[Traduction]

Les interprétations divergent sur ce point; certaines personnes estiment que la définition de l'expression «déclaration spontanée» qui apparaît dans le projet de loi serait très large—c'est-à-dire qu'elle exclurait les déclarations qui ont été faites sous la contrainte ou de la façon établie dans diverses affaires jugées par la Cour suprême du Canada. À cet égard, je citerai *Horvath v. The Queen* et *Ward v. The Queen*. Ces affaires ainsi que d'autres ont vraiment étendu le sens de l'expression «déclaration spontanée», afin de lui donner le sens habituel.

Au Canada, nous n'avons rien qui s'apparente aux règles des juges qui s'appliquent en Grande-Bretagne ni aux principes de l'irrecevabilité établis dans l'affaire *Miranda* aux États-Unis. Il est donc important, à mon avis, que nous ayons un principe souple d'irrecevabilité en ce qui concerne les confessions. Il s'agit à mon avis d'une des parties importantes du projet de loi, et j'estime que nous faisons fausse route en ralentissant l'évolution de la loi et en proposant la définition étroite que l'on trouve à l'article 63.

L'article 64 traite du fardeau de la preuve. De nombreux autres témoins qui ont comparu devant le comité ont traité en long et en large de cette question, et je crois qu'il ne reste qu'un élément à ajouter. Il s'agit selon nous d'une grave erreur de rédaction.

Nous estimons qu'il est insensé d'exclure de la règle de la spontanéité certaines déclarations faites par l'inculpé. Vous verrez à la façon dont le projet de loi est rédigé que, dans le cas de certaines déclarations faites par l'inculpé, il n'est pas nécessaire pour qu'elles soient spontanées qu'on ait fait la preuve de leur véracité; elles tombent dans la catégorie dite des *res gestae*, c'est-à-dire qu'on présume qu'elles ont été faites spontanément.

Il ne s'agit pas tant à mon avis d'un problème d'équité que d'un problème de clarté. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Erven* dont on vous a déjà parlé, a fondamentalement décidé qu'il faut prouver au cours d'un voir-dire la spontanéité de toute déclaration d'un inculpé qu'a obtenue le poursuivant. Il s'agissait d'une règle simple que tout le monde comprenait. L'inculpé pouvait renoncer au voir-dire et admettre que la déclaration était spontanée, mais il s'agissait au moins d'une règle simple que tout le monde pouvait comprendre. Il faudra dorénavant tenir un voir-dire pour déterminer s'il devrait y avoir un voir-dire. Le Procureur général déclarera: «Eh bien! cette déclaration tombe dans la catégorie des *res gestae*. La défense rétorquera: «Non, il s'agit d'une confession ordinaire et vous devez prouver qu'elle a été faite spontanément.» Le juge devra de toute façon tenir un voir-dire afin de déterminer si la déclaration a été faite spontanément. Pourquoi ne pas recourir à une règle simple et claire? À mon avis, il n'y a aucune raison valable de scinder la règle de la confession.

Passons maintenant à un autre élément qui nous inquiète, nous avocats de la défense: l'alibi. J'en parlerai très brièvement étant donné que mes collègues du Québec ont beaucoup plus de choses à dire à ce sujet.

Ce qui nous inquiète surtout, c'est le paragraphe 85(1) qui, dans sa forme actuelle, empêchera l'inculpé de recourir à la

[Text]

evidence of a defence unless he has the permission of the Crown, or unless he can show cause.

Quite frankly, I think that if Parliament were to enact that kind of provision it would run afoul of section 7 of the Charter of Rights and Freedoms, which guarantees the principles of fundamental justice. It is contrary to every principle of fundamental justice if an accused should be prevented from adducing evidence of a defence because the Crown has not given consent. There is no basis for that kind of rule. In a sense, that particular provision does not present much of a problem because the courts will strike it down, but I do not think that Parliament should lend credibility to this kind of rule. There is simply no justification for it. The rules of alibi have worked very well up to now, and clause 85(1) is a serious mistake in drafting.

If you refer to page 118 of our paper, you will see that we take strong exception to clause 104. Again, this is another provision that could have the effect of depriving the accused of his defence. The effect of that appears to be that if the accused's lawyer has not put to a Crown witness a contradiction—in other words, that the accused intends to get on the stand and contradict the Crown witness—then the accused will not be able to testify as to that particular happening or event. This kind of provision simply serves no useful purpose. It is merely a trap for the unwary. One of the justifications for having a code of evidence was that people would be able to defend themselves; they would know where the rules are located and would not leave that to the exclusive prerogative of lawyers.

This bill is intended to apply to all situations. As I understand the theory, it is not only to apply to federal prosecutions, but that the provinces are expected to adopt it. That means that this bill will apply to all offences—traffic offences all the way up to the most serious cases—so what kind of a position are we putting the accused in who is defending himself when he gets on the stand and the judges says: "You cannot testify to that because you did not tell the Crown witness in his cross-examination that you were going to contradict him." What if the lawyer is incompetent or simply not properly briefed? It is not fair to an accused that he should be prevented from telling his story. Again, I think this is a provision that could run afoul of section 7 of the Charter of Rights and Freedoms—the guarantee of the principle of fundamental justice.

We have again taken exception to clause 123, which relates to criminal records. I think that most people involved in criminal law are concerned about the admissibility of an accused's prior criminal record. As you know, the current section 12 of the Canada Evidence Act gives the Crown the unlimited right to cross-examine the accused as to any prior criminal record. Most judges and lawyers saw this as being fundamentally unfair. At one time there were a number of judges who were of the view that they had a discretion to prevent the Crown from asking the accused questions relating

[Traduction]

preuve de la défense à moins d'obtenir le consentement de la Couronne ou de donner de bonnes justifications.

En toute franchise, je crois que, si le Parlement promulguait ce genre de disposition, il irait à l'encontre des dispositions de l'article 7 de la Charte des droits et libertés qui garantit les principes de justice fondamentale. Il est contraire à tout principe de justice fondamentale d'empêcher un accusé de présenter une preuve pour sa défense parce que la couronne n'a pas donné son consentement. Il n'y a aucun fondement pour ce genre de règle. Dans un certain sens, cette disposition ne constitue pas un problème étant donné que les tribunaux la renverseront, mais je ne crois pas que le Parlement devrait approuver ce genre de règle. Elle n'a absolument aucune justification. Les règles de l'alibi ont très bien fonctionné jusqu'à maintenant, et le paragraphe 85(1) est une grave erreur.

Si vous vous reportez à la page 118 de notre mémoire, vous verrez que nous désapprouvons l'article 104. Une fois de plus, il s'agit d'une autre disposition qui pourrait priver l'inculpé de sa défense. Il semblerait que si l'avocat de l'inculpé n'a pas contredit un témoin de la Couronne—autrement dit, en annonçant que l'inculpé à l'intention de venir à la barre contredire le témoin de la Couronne—l'inculpé ne pourra témoigner à l'égard de cet événement précis. Ce genre de disposition ne sert aucune fin utile. Il s'agit simplement d'un piège pour celui qui n'est pas sur ses gardes. Parmi les justifications d'un code de la preuve, il y avait le fait que les inculpés pourraient se défendre eux-mêmes, qu'ils sauraient où se trouvent les règles et ne s'en remettraient pas exclusivement aux avocats.

Ce projet de loi devrait normalement s'appliquer à toutes les situations. Si je comprends bien, le projet de loi ne s'appliquerait pas seulement aux poursuites mettant en cause des lois fédérales; les provinces vont probablement l'adopter. Cela signifie que ce projet de loi s'appliquera à toutes les infractions, depuis les infractions au code de la route jusqu'aux affaires plus graves. Dans quelle position allons-nous placer ainsi l'inculpé qui assure lui-même sa défense lorsqu'il vient à la barre et que le juge lui dit: «Vous ne pouvez faire cette déclaration parce que vous n'avez pas dit au témoin de la Couronne au moment du contre-interrogatoire que vous alliez le contredire.» Que se passera-t-il si l'avocat est incompetent ou n'est tout simplement pas bien informé? Ce n'est pas juste d'empêcher un inculpé de raconter son histoire. Je le répète, je crois que cette disposition pourrait aller à l'encontre des dispositions de l'article 7 de la Charte des droits et libertés, c'est-à-dire de la garantie du principe de justice fondamentale.

Nous nous opposons également à l'article 123 qui traite du casier judiciaire. Je crois que la plupart des spécialistes du droit criminel s'inquiètent de l'admissibilité du casier judiciaire d'un inculpé. Comme vous le savez, dans sa forme actuelle, l'article 12 de la Loi sur la preuve du Canada laisse toute liberté à la Couronne lorsqu'il s'agit d'interroger l'inculpé sur son casier judiciaire. La plupart des juges et des avocats ont estimé que c'était tout à fait injuste. A une certaine époque, certains juges estimaient qu'il leur revenait de décider s'il fallait empêcher la Couronne de poser à l'inculpé

[Text]

to his prior criminal record, while the court of appeal has held that there is no discretion and that section 12 is clear and gives the Crown the absolute right to do so. So, we had hoped that in the drafting of a new evidence act this unfairness—and everyone saw it, and I think even Crown counsel acknowledged it—would be remedied. In our view, this is not an adequate solution.

Let me point out some of the problems we see with it. First of all, that permits cross-examination on a prior discharge. The theory behind a discharge when it was brought in by Parliament in section 662.1 of the Criminal Code of Canada was that a person would be found guilty but would not have a criminal record. If they were asked whether they had a criminal record they could say that they did not. That was meant for people who were of good character or who would be harmed by a criminal record. It seems to me that this kind of provision strikes at the fundamental purpose of that kind of legislation. What is the point in giving a person a discharge when, if he is in court the next day, he can be asked about his prior discharge? I think that that is simply unfair and contrary to the purpose of the discharge provision.

As well, there was a compromise that seems to have been developed in the important provisions. As you can see, in clause 123(3) there is a special rule for an accused. He can only be cross-examined on prior conviction for perjury if he has given conflicting evidence, and that is fair enough, but also any conviction in the past seven years for a crime involving fraud.

One of the continuing debates in the substantive criminal law is what does "fraud" mean. Now the drafters of this bill have taken that nebulous concept and inserted it in clause 123. There are cases in England and Canada that say that fraud simply means dishonesty. If that is the case, then as you can understand, that is going to embrace virtually every criminal conviction. Clause 123 does not represent any attempt to be fair to the accused. To the contrary, it opens the field.

Leaving aside a simple assault case, there are very few criminal offences in the Criminal Code that do not involve some kind of dishonesty. I think that what certain members of the task force favoured was something approaching the British system where the accused could be asked about his prior criminal record only if he did certain things during the trial that made it fair that he should be asked about it. For example, if he attacked his co-accused in his testimony or attacked the character of a crown witness, that is fair because his character should be an issue as well, at least to the extent that he should have his criminal record put in. We are very concerned that the attempt at a compromise that clause 123 represents simply is not a fair compromise.

We are concerned as well about clause 125, the removal of the corroboration for all offences and for all characters of

[Traduction]

des questions concernant son casier judiciaire. Cependant, la Cour d'appel a statué que le juge ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire, estimant que l'article 12 était clair à ce sujet et autorisait la Couronne à le faire. Nous avions donc espéré qu'au moment de la rédaction d'une nouvelle loi sur la preuve on réparerait cette injustice que tout le monde avait constatée, même, je crois, les avocats de la Couronne. A notre avis, la solution proposée est inadéquate.

Permettez-moi de vous faire part de quelques-uns des problèmes que nous avons relevés. Premièrement, cela permet un contre-interrogatoire au sujet d'une mise en liberté antérieure. Lorsque le Parlement a instauré la notion de mise en liberté par le biais de l'article 662.1 du Code criminel du Canada, l'intention était qu'une personne serait trouvée coupable mais n'aurait pas de casier judiciaire. Lorsqu'on lui demandait si elle avait un casier judiciaire, elle pouvait répondre non. On visait alors les gens qui avaient une bonne réputation ou à qui nuirait un casier judiciaire. Il me semble qu'une disposition de ce genre porte atteinte au fondement d'une telle mesure législative. Pourquoi accorder une libération à une personne alors que, si elle comparaît le lendemain devant un tribunal, on peut l'interroger sur les circonstances entourant sa mise en liberté? Je crois que c'est tout à fait injuste et contraire à l'objectif de la disposition concernant la libération.

En outre, un compromis semble avoir été ajouté dans les dispositions importantes. Comme vous pouvez le constater, il est question au paragraphe 123(3) d'une exception en ce qui a trait à l'inculpé. Celui-ci ne peut être contre-interrogé au sujet d'une éventuelle condamnation pour parjure que s'il a rendu des témoignages contradictoires, ce qui est assez juste, mais également s'il a fait l'objet d'une condamnation dans les sept ans précédant la date de sa mise en accusation pour une infraction dont la fraude est un élément.

En droit pénal, il y a des discussions constantes sur le sens à donner au mot «fraudé». Les rédacteurs du projet de loi ont décidé d'utiliser ce concept nébuleux à l'article 123. Dans certains jugements rendus en Angleterre ou au Canada, le mot «fraude» a été interprété comme signifiant simplement malhonnêteté. Si c'est le cas, vous pouvez le comprendre, cela s'appliquera à presque toutes les condamnations criminelles. L'article 123 ne peut prétendre faire justice à l'inculpé; bien au contraire, il ouvre une brèche.

A part un simple cas de voies de faits, très peu d'infractions au Code criminel n'impliquent pas quelque forme de malhonnêteté. Je crois que certains membres du Groupe de travail favorisaient quelque chose qui ressemblait à ce que l'on retrouve dans le système britannique où l'inculpé ne peut être interrogé sur son casier judiciaire que s'il a fait au cours du procès certaines choses le justifiant. Par exemple, s'il s'est attaqué au témoignage du coinculpé ou a mis en doute la moralité d'un témoin de la Couronne, il est juste que sa moralité soit également en cause, du moins dans la mesure où on aborde la question de son casier judiciaire. Nous avons très peur que l'article 123 ne soit pas un juste compromis.

Nous nous inquiétons également de l'article 125 qui supprime la corroboration pour toutes les catégories d'infractions

[Text]

offences and for all classes of witnesses. I think that most lawyers would agree that the old rules of corroboration needed to be eliminated. They were archaic and had led to new trials. They were a favourite ground of appeal, and there has to be some rationality brought to the law of corroboration.

We are concerned about two classes of cases: One class involving child witnesses, that is, children who are too young to even give sworn testimony, whether or not the corroboration requirement should be preserved for them, and the other class of case is that of perjury. As you know, at present, perjury does require corroboration. Let me give you the reason why I think that should be preserved.

In the ordinary case where you see a citizen becoming involved with the law he comes in contact with a single police officer. They go to court and it is the citizen's word against the police officer's word. You may be surprised to hear that many courts accept the word of the police officer over the accused—or perhaps you may not be surprised at all. The point was that even if the accused was convicted at least that was the end of it. One of the reasons was that there was a corroboration requirement that even if the accused was disbelieved at his trial, he did not run the risk of a subsequent prosecution for perjury simply because the judge accepted the evidence of a police officer over his evidence. There was always that safeguard in the corroboration requirement. I think that has to be preserved as a matter of fairness as some kind of break on the prosecution because perjury can be a very powerful weapon or threat to keep an accused out of the stand. If it is a one-on-one situation—citizen versus police officer—every citizen knows that they run the risk that the judge is going to believe the police officer. They should not run the additional risk that not only is he going to be convicted of a traffic offence but he is also going to be prosecuted for perjury as a result of the judge not believing him. That is not fair. In my view, we should keep the corroboration requirement for this one offence of perjury.

That is all that I need to deal with at this point. As you can see from our brief, there are many provisions that we are concerned about but I tried to highlight what I think are the important ones and particularly, the ones that may run afoul of the Charter of Rights.

Le président: M. Fortier.

M. Fortier: Madame le président, lorsque je regarde l'horloge, il est 4 h 05 et évidemment la demi-heure qu'on n'a pas utilisée au début de l'après-midi peut ou pourrait devenir encore plus importante au fur et à mesure qu'on se dirige vers 6 h 30. Est-ce que vous ne croyez pas que ce serait peut-être plus profitable et plus efficace de présenter tous les volets des mémoires du Barreau canadien si, à ce stade-ci, vous entendiez le bâtonnier du Québec qui pourrait résumer avec le professeur Fortin et M^{re} Tremblay, les mémoires conjoints; ensuite les questions pourront être adressées par vous et vos collègues à n'importe lequel des avocats qui aura participé à la présentation.

Le président: J'espère que oui.

[Traduction]

et de témoins. Je crois que la plupart des avocats reconnaîtront que les anciennes règles de coopération avaient besoin d'être abrogées. Elles étaient archaïques et avaient entraîné de nouveaux procès. Elles constituaient un terrain privilégié d'appel et il fallait rationaliser la règle de la corroboration.

Nous pensons particulièrement à deux catégories d'affaires: d'une part la comparution d'enfants comme témoins, c'est-à-dire, d'enfants qui sont trop jeunes pour témoigner sous serment; nous nous demandons s'il faut conserver la règle de la corroboration dans leur cas; et d'autre part le parjure. Comme vous le savez, à l'heure actuelle, le parjure exige la corroboration. Permettez-moi de vous donner la raison pour laquelle j'estime que cela devrait rester ainsi.

Dans une affaire ordinaire, lorsqu'un citoyen enfreint la loi, c'est à un seul agent de police qu'il a affaire. Lorsqu'il se présente à la Cour, c'est sa parole contre celle du policier. Vous serez peut-être surpris d'apprendre de que de nombreux tribunaux acceptent la parole du policier plutôt que celle de l'inculpé; ou cela ne vous surprendra peut-être pas du tout. Le fait est que même si l'inculpé était condamné, les choses n'allaient pas plus loin. Une des raisons de cet état de chose, c'était qu'il fallait qu'il y ait corroboration; par conséquent même si l'on n'avait pas cru l'inculpé lors de son procès, il ne courait pas le risque d'être poursuivi de nouveau pour parjure simplement parce que le juge avait préféré croire le policier. Cette garantie existait toujours grâce à la règle de la corroboration. Je crois qu'il faut conserver cette exigence au nom de la justice pour freiner en quelque sorte la poursuite, étant donné que le parjure peut s'avérer une arme ou une menace très utile pour empêcher un inculpé de venir à la barre. Par exemple, le citoyen qui s'oppose à un policier sait qu'il court le risque que le juge croie le policier sur parole. Il ne doit pas alors courir le risque supplémentaire d'être non seulement condamné pour une infraction au code de la route, mais également poursuivi pour parjure parce que le juge ne l'a pas cru. Ce n'est pas juste. Nous devrions à mon avis, conserver cette règle de corroboration pour le parjure.

C'est tout ce que j'avais à dire pour l'instant. Comme vous pouvez le constater nous soulevons de nombreux points dans notre mémoire, mais j'ai tenté ici de ne signaler à votre attention que les dispositions que je considère importantes, et en particulier celles qui pourraient aller à l'encontre de la Charte des droits.

The Chairman: You may proceed, Mr. Fortier.

Mr. Fortier: Madam Chairman, I see that the time is now 4:05 p.m. and it is obvious that the half hour we did not use at the beginning of the afternoon could become even more important as we approach 6:30 p.m. Do you not think that it would perhaps be more beneficial and more efficient to present all of the components of the briefs of the Canadian Bar, that is if at this stage, you heard from the bâtonnier for the Quebec Bar who could summarize with Professor Fortin and Mr. Tremblay the joint briefs. Then, the lawyers who participated in the presentation could then answer any questions you and your colleagues may have.

The Chairman: I would hope so.

[Text]

Le sénateur Asselin: Est-ce que ça représente le Barreau canadien en général et non pas seulement le Barreau du Québec?

M. Fortier: Tous. C'est un mémoire conjoint, pas seulement du Barreau canadien mais du Barreau du Québec aussi. C'est un S-33 vu avec les lunettes de praticien du Québec. Alors, si vous êtes d'accord, peut-être que le bâtonnier Lebel pourrait partir le bal.

Me Louis Lebel, bâtonnier du Barreau du Québec: Madame le président, honorables sénateurs, au nom du Barreau du Québec j'apprécie l'occasion qui nous est donnée de présenter nos commentaires sur le projet de loi S-33.

Nous avons accepté volontiers l'invitation du Barreau canadien de participer à la préparation d'un mémoire conjoint parce que la pratique légale au Québec est profondément préoccupée par de nombreux aspects du projet de loi S-33. Nous partageons avec nos collègues des autres provinces cette inquiétude quant à l'effet d'un certain nombre des dispositions du projet de loi sur les droits de la défense et de l'évolution du droit criminel.

Mon collègue, le professeur Jacques Fortin de l'Université de Montréal, élaborera sur cette question. Mais nous sommes particulièrement préoccupés de l'impact du projet de loi sur le droit civil du Québec, sur le système de droit civil que nous connaissons et appliquons depuis fort longtemps au Québec et également, de façon plus large, sur l'administration de la justice et le fonctionnement des tribunaux au Québec.

En résumé, les membres de notre comité, les juristes que nous avons consultés,—et là nous avons fait appel entre autres à des spécialistes des plus éminents du droit de la preuve au Québec, comme le professeur Léo Ducharme dont nous déposerons un texte en annexe à notre mémoire, ou le juge André Nadeau qui faisait partie de notre comité,—leur diagnostic à tous est le même, en tenant compte à la fois des dispositions de l'article 3 du projet de loi et de la présence d'un ensemble fort détaillé de dispositions légales portant à la fois sur les règles substantielles de preuve et sur le mode d'administration de la preuve. Alors, nous nous trouvons devant une véritable possibilité d'établissement de deux systèmes parallèles de droit et de procédure de preuve au Québec.

En règle générale, comme vous le savez probablement, dans la plupart des matières entendues devant les tribunaux de différentes juridictions au Québec, ce sont généralement les règles de preuve, les règles de procédure contenues soit dans le Code civil, soit dans le Code de procédure civile qui sont appliquées.

Or, l'article 3 du projet de loi prévoit que:

Sous réserve des articles 4 et 5, la présente loi s'applique aux procédures ou actes de procédure de compétence fédérale en instance devant les tribunaux ou destinées à recueillir les éléments de preuve sur ordonnance judiciaire.

Dans l'article 6 du projet de loi, l'on affirme le caractère simplement supplétif du droit provincial et l'on nous dit:

[Traduction]

Senator Asselin: Does this represent the view of the Canadian Bar in general, and not only the Quebec Bar?

Mr. Fortier: It is a joint brief, that is it was drafted jointly by the Canadian Bar and the Quebec Bar. It is a study of Bill S-33 seen through the eyes of a lawyer practising in Quebec. Therefore, if you are in agreement, perhaps bâtonnier Lebel could lead off.

Mr. Louis Lebel, Bâtonnier for the Quebec Bar: Madam Chairman, Hon. Senators, on behalf of the Quebec Bar, I appreciate this opportunity to express our viewpoint on Bill S-33.

We willingly accepted the invitation of the Canadian Bar to participate in the preparation of a joint brief, since the legal profession in Quebec is profoundly concerned by the many aspects of Bill S-33. We share with our colleagues from the other provinces this feeling of concern about the effect some of the bill's provisions will have on defence laws and on the evolution of criminal law.

My colleague, Professor Jacques Fortin from the University of Montreal, will delve further into this issue. However, may I say that we are especially concerned about the impact this bill will have on civil law in Quebec, on the system of civil law we know and have applied for many years now in the province. We are also concerned, from a broader perspective, about the legislation's impact on the administration of justice and the operation of the courts in Quebec.

Briefly put, the members of our Committee, the lawyers we consulted—and I must say we consulted some of the most eminent evidence law experts in Quebec, people such as Professor Léo Ducharme, whose text we will table as an annex to our brief, and Judge André Nadeau, who sat on our Committee—all of them reached the same conclusion, in view of the provisions of section 3 of the Bill and the presence of a highly detailed series of legal provisions dealing both with substantial rules of evidence and the means of administering evidence. There is the distinct possibility that two parallel systems of evidence law and procedure will be established in Quebec.

As a general rule, as you doubtless know, in most of the cases heard in the different jurisdictional courts in Quebec, the rules of evidence and procedure that are invoked and applied are generally those provided for either in the Civil Code or in the Code of Civil Procedure.

And yet, section 3 of the Bill stipulates that:

Subject to sections 4 and 5, this Act applies to every proceeding and stage of a proceeding within the jurisdiction of the Parliament of Canada that is before a court or that is held for the purpose of taking evidence pursuant to a court order.

The complementarity of provincial law is confirmed in section 6 of the Bill which reads as follows:

[Text]

Les règles de la preuve en vigueur dans la province où se déroule une procédure s'appliquent dans la mesure où elles sont compatibles avec la présente loi et avec les autres lois du Parlement du Canada.

On nous dira certes qu'existait l'article 2 dans la Loi actuelle sur la preuve du Canada. C'est exact, mais cependant cet article 2 est inséré dans le cadre d'une loi qui ne comportait qu'un certain nombre de dispositions très limitées. La nature de la Loi sur la preuve contenue dans le projet de loi S-33 est fort différente. On y retrouve, en fait, un ensemble très complexe de dispositions tant et aussi bien sur le fond du droit et là, je me réfère, par exemple, à des règles comme celle que l'on voit à l'article 175 et à l'article 176 portant sur le contenu implicite et sur la détermination du contenu implicite des contrats ou à l'article 176, sur l'existence des motifs valables pour instituer une poursuite à la suite d'une action judiciaire dite abusive.

Ce sont des règles qui relèveraient chez-nous du droit de l'interprétation du contrat, du droit de la responsabilité civile et que l'on voit maintenant dans la Loi sur la preuve du Canada. À côté de ça, on retrouve un grand nombre de règles traitant, à proprement parler, de l'administration de la preuve et en des matières qui sont régies de façon assez complète, à l'heure actuelle, par le Code de procédure civile du Québec.

Le professeur Ducharme, dans le texte que nous déposerons, en énumère quelques-unes, des règles quant à la capacité et la contraignabilité des témoins; règles quant à l'objet du témoignage, aux expertises, aux témoignages d'opinion; règles relatives à la crédibilité des témoins, dans la façon de rendre témoignage; même, des règles quant à la productions des rapports d'experts. En consacrant de façon très claire la règle contenue à l'article 3 que ce droit de la preuve ou de la procédure contenu dans le projet S-33 s'applique aux matières d'ordre fédéral, il pourrait devenir extrêmement difficile, dans le cadre d'un procès où seraient invoquées, au Québec, à la fois des dispositions de droit fédéral et des dispositions de droit provincial, quel est en définitive le régime de preuve et de procédure qui est applicable.

J'énoncerai une simple hypothèse. Imaginons une poursuite en dommage logée par des actionnaires contre des administrateurs d'une compagnie, d'une corporation fédérale. Imaginons que l'on invoque des dispositions spécifiques de la Loi fédérale sur les corporations commerciales canadiennes. Imaginons aussi que l'on invoque les principes généraux de responsabilité civile contenus au Code civil du Québec. À ce moment, quel serait le régime de preuve, quel serait le régime de procédure, par exemple, pour introduire dans le dossier des témoignages d'experts, des rapports comptables, etc.

L'on se retrouverait devant une possibilité d'application presque simultanée de deux droits différents dans l'administration quotidienne de la justice. Avec beaucoup de respect pour l'opinion contraire et en tenant compte des interprétations qui ont déjà été données, entre autres, par la Cour d'appel du Québec quant à l'effet de l'article 2, je pense que tout cet ensemble législatif pourrait signifier que quotidiennement, dans presque chaque matière où du droit fédéral est appliqué au Québec, il faudrait se promener à peu près constamment du

[Traduction]

Except to the extent that they are inconsistent with this Act or any other Act of the Parliament of Canada, the laws of evidence in force in the province where a proceeding is taken apply to the proceeding.

Some will be quick to point out that section 2 in the present Canada Evidence Act contains a similar provision. That's true, but that section 2 was included in legislation which contained only a certain number of very limited provisions. The nature of the Evidence Act contained in Bill S-33 is radically different. This draft legislation in fact contains an extremely complex series of provisions pertaining to the fundamentals of law. I refer, for example, to rules such as those contained in sections 175 and 176 of the Bill. Section 175 deals with implied terms in contracts while section 176 focusses on the existence of reasonable and probable cause for instituting an action for malicious prosecution.

These are rules which in Quebec would come under contract interpretation law, the law of civil responsibility. Now these rules appear in the Canada Evidence Act. Aside from this fact, the draft legislation contains a great many rules dealing, so to speak, with the administration of evidence and with proceedings that are covered rather extensively at the present time by the Quebec Code of Civil Procedure.

In his paper which we will be tabling, Professor Ducharme lists some of these rules: rules respecting the competence and compellability of witnesses; rules respecting the subject of testimony, experts and opinion evidence; rules respecting the credibility of witnesses and how to testify; even rules respecting written statements of expert opinion. By clearly enshrining the rule contained in section 3 stipulating that the law of evidence or procedure provided for in Bill S-33 applies to proceedings which come under federal jurisdiction, it could become extremely difficult, in the course of a trial during which both federal law and provincial law provisions were invoked, to determine which system of evidence and procedure truly applied to the proceedings in question.

Suppose for one moment that a damage suit is filed by shareholders against the administrators of a company, in this instance a Crown corporation. Suppose for a moment that specific provisions relating to the Canada Business Corporations Act are invoked. Furthermore, imagine that general principles of civil responsibility provided for in the Quebec Civil Code are invoked. What system of evidence, what system of procedure should be applied in dealing with expert opinion, accounting reports and the like?

This is one instance in which it would be possible to apply almost simultaneously two different systems of law in the daily administration of justice. With all due respect for those who believe otherwise and in view of the interpretations that have already been given, among others that of the Quebec Court of Appeal respecting the impact of section 2, I believe that this legislative package could mean that on a day-to-day basis, in nearly every proceeding to which federal law applies in Quebec, we would have to alternate between federal law and

[Text]

droit fédéral au droit et à la procédure provinciales suivant la matière dont on traiterait à l'instant.

Senator Deschatelets: Madam Chairman, was it agreed that we not ask questions at this stage?

The Chairman: I would prefer it if you waited, Senator Deschatelets, to enable our witnesses to complete their testimony. I think it would be easier.

M. Lebel: Je pense que l'on a tendance, parfois, même dans la pratique légale au Québec, à sous-estimer l'importance des matières de droit fédéral. Il reste que le Parlement fédéral réglemente, légifère sur des matières qui sont essentielles dans la vie juridique, des matières à l'intérêt desquelles nous devons vivre et travailler continuellement. Je n'ai qu'à penser à des matières comme le droit sur la faillite, le droit des lettres de banque, le droit des lettres de change, la Loi sur les banques dans bien de ses aspects, la loi sur les compagnies et de nombreux aspects de la réglementation du commerce et des communications, sans parler, évidemment, de tout le secteur du droit criminel.

C'est cet aspect qui crée, je pense, une inquiétude assez profonde chez tous ceux qui, parmi les juristes québécois, ont été amenés à se pencher sur le projet de loi. C'est une inquiétude qui nous porte aussi à nous demander s'il serait vraiment opportun, dans le cadre d'une telle législation, de retenir le principe d'une jonction des règles de droit criminel et des règles portant sur la preuve et la procédure en matière civile ou en matière commerciale, à l'intérieur d'un même texte législatif.

C'est une inquiétude qui nous porte à nous demander si, à supposer même que le Parlement fédéral ait toute l'autorité requise pour légiférer en cette matière, s'il devrait l'exercer complètement ou s'il ne pourrait pas, comme cela était généralement fait jusqu'à présent, laisser ces matières de preuve et de procédure dans les instances judiciaires essentiellement à la compétence et à l'action législative des Parlements provinciaux.

Il est vrai, au Québec, qu'une bonne partie du droit de la preuve a été tirée, lors de la codification de 1866, de certaines règles du droit anglais. C'est cependant un droit qui a évolué depuis au-delà d'un siècle, je dirais suivant son génie propre, suivant ses principes tirés de la codification.

C'est un droit qui est aussi en voie d'être réformé, entre autres par les travaux de l'Office de révision du Code civil du Québec, travaux qui ont donné lieu à une très large consultation dans tous les milieux juridiques au Québec. Ce sont des travaux qui prévoient des modifications au droit de la preuve au Québec mais suivant une technique et suivant des règles qui sont fidèles à l'esprit de ce droit et fidèles à des principes avec lesquels les juristes du Québec sont habitués à travailler.

Je craindrais, quant à moi, le bouleversement assez profond des difficultés sérieuses dans la vie quotidienne des tribunaux, dans l'administration de la justice au Québec, si le projet devait être retenu dans sa forme actuelle. Ceci explique le très vif intérêt du Barreau du Québec pour ce projet de loi. Nous avons peut-être été à l'occasion un peu trop silencieux à l'égard

[Traduction]

provincial law and procedure, depending on the case in question.

Le sénateur Deschatelets: Madame le président, avait-il été convenu que nous ne poserions pas de questions à ce moment-ci?

Le président: Je préférerais que vous attendiez, sénateur Deschatelets, afin que nos témoins puissent terminer leur déposition. Je pense que ce serait plus facile ainsi.

Mr. Lebel: I think there is a tendency sometimes, even within the legal profession in Quebec, to underestimate the importance of proceedings which come under federal law. The fact remains that the Parliament of Canada adopts regulations and laws on matters which are essential to the courts, matters in the interest of which we must live and work constantly. I'm thinking, for example, about bankruptcy laws, bank credit laws, bill laws, many aspects of the Bank Act, the Companies Act and many aspects of the trade and communications regulatory process, without forgetting, of course, the entire area of criminal law.

It is this aspect which, I believe, has sparked deep concern in all Quebec lawyers who have considered this draft legislation. This sense of concern has also led us to ask ourselves whether it is really a good idea to have the same piece of legislation combine rules of criminal law and rules on evidence and procedure based on civil or business law.

This feeling of concern has also led us to wonder, even though the federal Parliament has the required authority to pass legislation in this area, whether it should exercise this power fully or whether it should as has generally been the case until now, leave these matters of evidence and procedure in legal cases for the provincial parliaments to take the appropriate legislative action.

It is true that in Quebec, a good part of the laws of evidence were based, during the 1866 codification, on certain rules of British law. This law has, however, been evolving for more than a century, I would venture to say, on its very own, following these principles taken from the codification.

This law is also in the process of being reformed, through, among other things, the work of the Quebec Civil Code Reform Bureau, work which has led to very broad consultation in all legal circles in Quebec. This work calls for amendments to the Quebec evidence law in accordance with methods and rules faithful to the spirit of this law and to the principles with which Quebec lawyers are familiar.

My great fear is that this legislation, if retained in its present form, will create serious problems in terms of the daily activities of the courts and the administration of justice in Quebec. This explains why the Quebec Bar is so very interested in the Bill. We have perhaps on occasion, been too silent about federal legislation. In my opinion, it would be very

[Text]

de la législation fédérale. Il m'apparaît très souhaitable que s'établisse de façon plus continue, de façon plus systématique des liens et des contacts entre l'administration fédérale et les juristes du Québec, que ce soit par l'intermédiaire du Barreau canadien ou du Barreau du Québec.

Ces liens sont essentiels si nous voulons que le droit fédéral respecte l'esprit et les principes de nos deux principaux systèmes de droit.

Évidemment, sur l'analyse des règles techniques en matière de droit pénal et sur les observations du comité conjoint du Barreau du Québec et du Barreau canadien, je laisserai la parole au professeur Jacques Fortin. M^e Fortin est professeur de droit pénal à la faculté de droit de l'université de Montréal, également, dois-je le dire, membre de la Commission de la réforme du droit.

Me Jacques Fortin, Barreau du Québec: Madame le président, honorables sénateurs, je m'empresse de préciser que mon rôle à la Commission de réforme du droit n'est que celui d'un consultant à temps partiel, qui fait tout son possible pour contribuer, au mieux de ses connaissances, à la réforme du droit canadien. Je ne suis ni commissaire ni membre du personnel à plein temps de la Commission de réforme du droit. Faut-il préciser ici que ce que je vais vous dire vaut au nom du comité conjoint auquel on m'a demandé de travailler et aussi à titre de professeur à la faculté de droit à l'Université de Montréal et à titre de membre du Barreau du Québec.

Au point de départ, il est important de dire que les membres du comité conjoint de l'Association du Barreau canadien et du Barreau du Québec ne mettent pas du tout en cause la nécessité de regrouper dans une même loi l'ensemble des règles législatives ou jurisprudentiels qui constituent la Loi de la preuve au Canada. Il sera sûrement utile d'avoir un texte unique, regroupant toutes les dispositions applicables. A ce point de vue, le comité comprend d'emblée les objectifs poursuivis par les auteurs du projet de loi.

Ce qui semble contestable, du moins dans certains aspects du projet de loi, c'est la manière de réaliser certains des objectifs poursuivis. A cet égard, notre comité a préféré faire une étude systématique du projet de loi en question, plutôt que de suivre le modèle emprunté par nos confrères de l'Association du Barreau canadien qui ont fait une étude plutôt d'ordre exégétique du projet de loi.

Les thèmes qui sont clairement énoncés dans cette partie du mémoire qui traite du droit pénal sont les suivants: Je me propose, en évitant autant que possible les redites qui pourraient s'imposer à l'occasion, étant donné qu'il s'agit fondamentalement de la même matière—en évitant les redites, dis-je, qui pourraient s'imposer en rapport avec le mémoire de l'Association du Barreau canadien; je vais quand même tenter d'illustrer certains de ces thèmes. Le premier, fondamental, a trait à la conception d'ensemble du projet de loi. Nous allons voir, tel qu'il appert du rapport que nous avons déposé, que cette conception mérite d'être étudiée à trois égards ou sur trois plans différents. Tout d'abord, la structure du projet de loi, le style de rédaction que l'on a employé à l'occasion et son caractère incomplet et la conception du contenu.

[Traduction]

desirable to establish more permanent, more systematic ties between the federal administration and Quebec lawyers, whether it be through the Canadian Bar or the Quebec Bar.

These ties are essential if we want federal law to respect the spirit and principles of our two main systems of law.

Of course, as for analysing the technical rules relating to criminal law and the findings of the joint committee of the Quebec Bar and the Canadian Bar, I will defer to Professor Jacques Fortin. Mr. Fortin is a professor of criminal law with the Faculty of Law of the University of Montreal. He is also a member of the Law Reform Commission.

Mr. Jacques Fortin, Quebec Bar: Madam Chairman, Hon. Senators, I would hasten to specify that my role with the Law Reform Commission is only that of a part-time consultant who does his utmost to contribute, to the best of his ability, to the Canadian law reform process. I am neither a commissioner, nor a full-time staff member of the Law Reform Commission. I am speaking here today on behalf of the joint committee in which I was asked to participate, as a professor with the Faculty of Law of the University of Montreal and as member of the Quebec Bar.

At the outset, it is important to note that the members of the joint Committee of the Canadian Bar and Quebec Bar are in no way questioning the need to bring together in one piece of legislation the various legislative rules and those found in the cases which make up the Evidence Act in Canada. It would surely be useful to have one text bringing together all applicable provisions. In this respect, the Committee understands the objectives pursued by the authors of the Bill.

What we find objectionable, at least as far as certain aspects of the Bill are concerned, is the manner in which these objectives are attained. Thus, our Committee preferred to conduct a systematic study of the Bill in question, rather than proceed along the same lines as our colleagues from the Canadian Bar Association who conducted an exegetical study of the Bill.

The section of the brief which focusses on criminal law contains a number of themes. I would like to illustrate some of them, taking care not to be too repetitious, considering that they are essentially the same themes as those contained in the Canadian Bar Association's brief. The first basic theme is the general concept of the Bill. As can be seen from the report which we tabled, this concept merits consideration from three perspectives or on three different levels. First of all, there is the structure of the Bill, that is the style occasionally used in the drafting process, its incomplete nature and the concept of the content.

[Text]

Le deuxième grand thème va traiter des droits fondamentaux de l'accusé, dont je verrai le détail au fur et à mesure que j'avancerai dans le mémoire.

Tout d'abord, la conception du projet de loi que je vais résumer ici avec une partie du mémoire qui commence à la page 11. En se défendant de faire un code de la preuve, les auteurs du projet de loi S-33 veulent sans doute éviter les critiques que s'était attirées la Commission de la réforme du droit par son code de la preuve de 1976. On présente une loi sur la preuve définissant une série de règles ponctuelles, dont l'énoncé devient compréhensible uniquement en regard de la jurisprudence du common law, en l'absence d'une formulation des principes devant guider le tribunal pour l'interprétation de ces règles. Pourtant, l'objectif de codifier le droit actuel est partout présent dans ce projet de loi. La codification de règles en l'absence de règles qui les inspirent ou les régissent, risque de créer des distortions dont nous verrons certains exemples frappants. La structure du projet de loi met elle-même, au point de départ, un paradoxe qui est troublant. Si la nécessité de légiférer en matière de loi sur la preuve vient d'un sentiment qui est partagé par la majorité des juristes canadiens à l'effet que la Loi sur la preuve, telle que développée par le common law est dans un état de désorganisation tel que la recherche de ses sources et l'analyse de son contenu en sont rendus très difficiles, on ne peut par ailleurs s'empêcher de constater que le projet de loi emprunte, sans rien y changer, les structures de common law et ses règles jurisprudentielles.

Pour n'en donner qu'un exemple, regardons la règle du oui-dire. Si vous suivez le plan annoncé que prend le projet de loi dans le traitement du oui-dire, vous allez constater que ce plan est celui qui est suivi par tous les «textbooks» de la loi sur la preuve dont on ne fait qu'emprunter la structure de «common law» et lui donner une expression législative.

Il semble aux membres du comité que les auteurs du projet de loi ont peut-être négligé une occasion de tenter de repenser toute la théorie et la doctrine du oui-dire autour des principes fondamentaux qui doivent en régir l'application. Sans entrer dans tous les détails de cette question, par exemple, je soulignerai ici, comme on le fait dans le mémoire, la question de la fiabilité d'une déclaration qui autrement serait du oui-dire. Cette notion de fiabilité commande un commun dénominateur, pour la plupart, sinon pour la totalité des exceptions à la règle d'exclusion du oui-dire.

En ce qui concerne l'application pénale des exceptions du oui-dire, le projet de loi, plutôt que de formuler une règle générale autour de la notion fondamentale de fiabilité, nous donne plutôt une énumération, aussi peu organisée que celle qu'on trouve dans les ouvrages traitant du droit de la preuve, une énumération qu'il faut étudier de manière très ponctuelle, sans même donner le fil conducteur qui justifie l'ensemble de ces exceptions. Alors, on se trouve sur le plan de la structure, à refléter dans le projet de loi, à concrétiser dans un projet de loi, bien des vices de structure et des vices de raisonnement qui, dans l'état actuel du droit, sont précisément les raisons pour lesquelles les juristes canadiens jugent souhaitable d'avoir une codification ou d'avoir une réunion dans un même texte de

[Traduction]

The second major theme focusses on the fundamental rights of the accused. I will go into further detail as I go through the brief.

First of all, I will summarize briefly the general concept of the bill, a section of the brief which begins on page 11. By denying that the Bill is an evidence code, the authors of Bill S-33 doubtless wanted to avoid the criticisms which had been directed at the Law Reform Commission for its 1976 code of evidence. An Evidence Act is presented, defining a series of individual rules whose provisions may be understood only in relation to the common law, in the absence of a statement of principles to guide the Courts in interpreting the rules in the Act. However, the intent to codify the existing law is present throughout the Bill, and the codification of rules without principles on which they are based, or to which they are subject, cannot be carried out without risking the creation of distortions of which we shall see a number of striking examples. A disturbing paradox is evident when we consider the structure of the Bill. While the feeling shared by a majority of the profession that the law of evidence, as developed by the common law, is in a state of disorganization such that it is very difficult to find the sources of the law and determine its substance—while this feeling may make legislation necessary, one nevertheless cannot but observe that the Bill has borrowed the structures of the common law and the rules in its case law without changing any aspect of them.

Hearsay is just one example of this. If you follow the manner in which the Bill deals with hearsay evidence, you will note that the structure of the Bill, except for a few details, is comparable to that of textbooks on the Evidence Act. The Bill borrows on the structures of the common law and gives them a statutory interpretation.

It would appear to the members of the Committee that the authors of the Bill perhaps missed an opportunity to try and rethink the entire theory and doctrine of hearsay evidence and have it focus on fundamental principles which must govern its application. Without going into all of the details of this question, I would, for example, like to stress at this time, as does the brief, the question of the reliability of a statement which otherwise would be considered hearsay. This concept of reliability commands a common denominator for most, if not all, exceptions to the rule excluding hearsay evidence.

With respect to the criminal application of exceptions to the rules of hearsay evidence, the Bill, rather than formulate a general rule based on the fundamental concept of reliability, gives us an enumeration, with as little organization as that found in works dealing with the law of evidence, an enumeration which must be examined very punctually, without even considering the common thread justifying these exclusions. From the standpoint of structure and reasoning, the Bill has many defects which, under the circumstances, is precisely the reason why Canadian lawyers believe it is desirable to codify the rules of evidence or to bring together in one piece of legislation all legislative and case law rules which make up the law of evidence, at least where criminal proceedings are concerned.

[Text]

loi de l'ensemble des règles législatives et jurisprudentielles qui font le droit de la preuve, du moins en matière pénale.

Un autre aspect d'un vice de structure qui semble important aux membres du comité comprend plusieurs dispositions; je vais me limiter ici à un exemple. M^e Rosenberg a discuté des aspects du projet de loi qui pourraient parfaitement se qualifier au regard de ce que nous disons ici. La simple transposition dans un texte législatif d'une règle que l'on extrait d'une décision jurisprudentielle risque de constituer un réel appauvrissement de la règle jurisprudentielle, à moins que l'on fasse preuve d'une grande prudence dans la formulation de la règle en question. Ce qui est important en réalité, c'est d'énoncer la règle de manière à ce que le principe qui régit soit aussi évident, car c'est le principe qui commande l'expression de la règle. Si on ne fait simplement qu'extraire de la jurisprudence une règle, pour lui donner une formulation législative, on l'isole de son contexte et on en donne un sens qui risque parfois de donner lieu à des applications pleines de distortion, qui n'ont rien à voir avec l'intention et qui vont amener les tribunaux à l'adopter telle quelle.

L'exemple qu'il vaut la peine de discuter un peu plus en détail si vous le permettez, madame le président, c'est l'article 14 du projet de loi dont je vous donne la lecture:

En matière pénale, le tribunal n'est pas tenu de donner des directives particulières au juge des faits sur la charge de la preuve par concordance d'indices.

On aura compris qu'il s'agit de preuve indirecte ou de preuve circonstancielle, du moins selon la terminologie qui a cours à l'heure actuelle. On voit ici qu'une règle de preuve est énoncée de manière purement négative. Première remarque: C'est le juriste qui connaît parfaitement la *règle Hodge*, dont je dirai un mot tantôt, qui connaît l'arrêt *Mitchell*, l'arrêt *Paul* et quelques autres pour finalement arriver à l'arrêt *Cooper* et à l'arrêt *Andrews*, postérieur à l'arrêt *Cooper* peut comprendre parfaitement l'objectif poursuivi par cette exposition, parce qu'on a un cas de la preuve qui exprime les dispositions sous forme purement négative et même si ce juriste s'y connaît bien, l'article 14 lui crée un grand embarras, parce que l'article 14 ne reflète pas du tout le principe que la Cour suprême du Canada voulait marquer dans l'arrêt *Cooper* parce qu'elle a restreint l'application de la soi-disant *règle de Hodge* et j'explique aussi brièvement que possible ce dont il s'agit. Dans une cause du XIX^e siècle de la célèbre affaire *Hodge*, la preuve du meurtre que l'on alléguait avoir été commis par l'inculpé était totalement circonstancielle. Il n'y avait aucun témoignage direct, c'était une preuve totalement circonstancielle. Le baron Anderson a donné au jury la directive suivante: Vous ne pouvez trouver l'accusé coupable que dans la mesure où l'ensemble d'une circonstance vous convainc du doute de la culpabilité de l'accusé au-delà du doute raisonnable. Toutes et chacune des circonstances doivent montrer que la seule conclusion qui est logique serait la culpabilité de l'accusé et toute et chacune des circonstances doit être compatible à cette solution qui est la culpabilité de l'accusé. S'il y a incompatibilité, veuillez acquitter. La jurisprudence canadienne a par la suite élevé cette dite *règle de Hodge* de manière à en faire une règle inexorable et ceci pendant longtemps jusqu'à une période

[Traduction]

The Bill contains another structural shortcoming which the members of the Committee feels is rather significant. I will give you just one example of this shortcoming. Mr. Rosenberg has discussed certain aspects of the Bill which could apply to what I am saying here. The simple process of transforming common law rules into statutory rules could diminish the intent of the common law rule in question, unless special care is taken in formulating the rule. In fact, what is really important is to state the rule in such a way that the principle on which it is based is also evident and clear, since it is the principle which expresses the rule. If one simply extracts from the common law a rule and transposes it into a statutory context, one isolates it from its context and gives it a meaning which could give rise to applications full of distortions which have nothing to do with the intent of the rule and which could lead the courts to interpret it as is.

The example which warrants more serious consideration, Madam Chairman, is section 14 of the Bill which reads as follows:

In a criminal proceeding, the court is not required to give the trier of fact any special direction or instruction on the burden of proof in relation to circumstantial evidence.

It is clear that the rule in question relates to indirect or circumstantial evidence, at least according to present day terminology. Section 14, which states a rule of evidence, is drafted in the negative. First comment: the lawyer who is familiar with the *Hodge* rule which I will speak about briefly later, who is familiar with the *Mitchell* decision, with the *Paul* decision and with a few others, and finally with the *Andrews* decision which came after the *Cooper* decision can understand perfectly the objective pursued by this rule, since this is one instance where the evidence law is expressed by provisions in a purely negative form. Even if the lawyer is very familiar with the decision, section 14 can cause great embarrassment, since it loses sight of the principle which the Supreme Court of Canada intended to put forward in the *Cooper* decision. It limits the scope of application of the so-called *Hodge* rule which I will now explain to you as briefly as possible. In the celebrated 19th century *Hodge* case, the evidence pointing to the fact that the accused has allegedly committed a murder was entirely circumstantial. There was no direct testimony, the evidence was totally circumstantial. Baron Anderson instructed the jury thusly: you can only find the accused guilty if the circumstances convince you beyond any reasonable doubt that the accused is indeed guilty. Each and every circumstance must point to the only possible logical conclusion, namely that the accused is guilty. Each and every circumstance must be compatible with this finding of the accused's guilt. If there is any incompatibility, then the accused must be found not guilty. Canadian case law subsequently elevated this so-called *Hodge* rule to make it an inflexible rule. This remained the case until relatively recently when the Supreme Court of Canada began to take away some of its elements, namely the

[Text]

relativement récente où la Cour suprême du Canada a commencé à en retrancher certains éléments: Les éléments du *mens rea*, finalement la restreinte à l'élément d'identification de l'accusé qui repose sur une preuve exclusivement circonstancielle et avec ceci nous arrivons à l'arrêt *Cooper*.

La Cour suprême a dit qu'il est temps de ne plus traiter de la règle de *Hodge* comme étant une règle de droit inexorable et c'est ce que le juge en chef Laskin a dit. Il était minoritaire quant au résultat. Le juge Ritchie, qui donne le jugement de la majorité, se déclare d'accord avec ce commentaire du juge Laskin mais de la manière suivante, en disant qu'il suffit, lorsque la preuve et l'identification de l'accusé sont circonstancielles, que le juge fasse bien comprendre au jury l'application de la règle fondamentale du doute raisonnable et lorsque la loi est circonstancielle il suffit d'expliquer au jury que c'est une circonstance constituant la preuve qui indique une seule conclusion logique au-delà du doute raisonnable: celle de la culpabilité de l'accusé. Alors vous voyez que la Cour suprême ne dit pas ce que l'article 14 lui fait dire. La Cour suprême n'a pas dit que le juge n'a pas ou ne doit pas ou n'est pas tenu de donner des directives particulières, que c'est le principe de l'arrêt *Cooper* que l'on perd dans l'article 14? C'est le principe du doute raisonnable qui peut, en raison de certain état de la preuve, de certains types de preuve, exiger en réalité que le jury comprenne bien le principe fondamental des explications particulières. L'article 14 dit le contraire. Monsieur le juge n'est pas tenu de donner des directives particulières et ça peut vouloir dire que monsieur le juge n'est pas tenu de faire comprendre à l'inculpé la règle fondamentale du doute raisonnable en raison de la nature de la preuve. Aucun juge canadien, bien sûr, ne donnerait l'interprétation que l'on trouve au simple texte de l'article 14. Pourquoi? Parce qu'ils connaissent tous la jurisprudence dont je viens de faire part. C'est ce que nous déplorons dans le comité; c'est que le type de rédaction ici ne se prête pas à la simple transposition de règles jurisprudentielles en règles législatives; c'est l'appauvrissement de la règle qui est ici énoncée. Nous sommes d'accord avec le principe de la règle *Cooper*. C'est un principe qui est issu de la sagesse des tribunaux. L'application est importante et ce qui est important, c'est que le projet de loi garde le principe et ne le fasse pas disparaître sous une règle qui est formulée trop rapidement ou négativement.

Le deuxième aspect a trait au caractère incomplet du projet de loi et ici le comité veut être certain de bien se faire comprendre. Notre Code criminel n'est pas un code au vrai sens du mot. Il doit être complété par le common law, mais notre Code criminel a une très très grande qualité, c'est qu'il permet à tout le monde de travailler avec. Pourquoi? Parce qu'il nous décrit clairement les endroits où les parties où s'applique le common law et pour ça, il suffit de lire les articles 7 et 8. Aux articles 7 et 8 du Code criminel on nous dit que le common law n'est plus générateur d'infractions. Pour cela, lisez les lois du Canada pour savoir ce que sont les infractions. En matière de principes qui permettent de témoigner à la défense sous forme d'explications ou d'excuses, là le paragraphe 3 de l'article 7 du Code criminel nous dit que le common law s'applique. Alors, pour résumer la situation, notre Code criminel annonce parfaitement la couleur. On s'entend bien

[Traduction]

element of *mens rea* and finally the element of identification of the accused which is based on wholly circumstantial evidence. This brings us to the *Cooper* decision.

The Supreme Court of Canada has said that we must stop considering the *Hodge* rule as an inflexible rule of law and that is what Chief Justice Laskin said. It was a minority decision. Justice Ritchie, in delivering the majority decision, expressed agreement with Justice Laskin's comment, but stated that it was enough, when the evidence and the identification of the accused are circumstantial, for the judge to explain clearly to the jury how the fundamental rule of reasonable doubt applies and that when the law is circumstantial, it is sufficient to explain to the jury that the circumstance constitutes evidence and indicates the only logical conclusion beyond any reasonable doubt, namely the guilt of the accused. You can see that the Supreme Court does not say what section 14 dictates that it should say. The Supreme Court did not say that the judge does not have to or must not or is not required to give special instructions. That is the principle on which the *Cooper* decision is based, the principle which is lost in section 14. It is the principle of reasonable doubt which can, because of certain evidence or certain types of evidence, require in reality that the jury understand clearly the fundamental principle of special instructions. Section 14 says the opposite. The judge is not required to give the jury special instructions and this can mean that the judge is not required to make the accused understand the fundamental rule of reasonable doubt in view of the nature of the evidence. No Canadian judge would give the interpretation as it is simply stated in section 14. Why? Because they are familiar with the case which I have just described to you. That's what the Committee deplores the most, the fact that the manner in which the bill is drafted does not lend itself to the simple conversion of case law rules into statutory rules. The rule in question loses some of its force. We agree with the principle of the *Cooper* decision. It is a principle arising from the wisdom of the courts. The application of this principle is important and it is likewise important for the bill to maintain this principle and not have it disappear under a rule which was formulated too rapidly or worded negatively.

The second aspect has to do with the incomplete nature of the Bill and here, the Committee wants to be very sure that it is clearly understood. Our Criminal Code is not a code in the true sense of the word. It must be complemented by the common law. Our Criminal Code does, however, have one major quality, namely that it enables everyone to work with it. And why is this? Because it describes clearly the areas where the common law applies. All we have to do is read sections 7 and 8 of the Code. Sections 7 and 8 stipulate that some offences no longer come under the common law principles. Just read the statutes of Canada to find out what these offences are. With respect to principles which make it possible to testify for the defence by giving explanations or excuses, subsection 3 of section 7 of the Criminal Code tells us that the common law does apply. Therefore, to sum up the situation, our Criminal Code is crystal clear on this. If everyone agrees

[Text]

là-dessus? Si on s'entend bien là-dessus je vais vous dire qu'aux yeux du comité, le projet de loi n'a pas du tout cette qualité-là. Il n'a pas cette qualité du Code criminel; il n'est pas exhaustif, parce que le common law continue de s'appliquer comme le Code criminel, mais il a un défaut que n'a pas le Code criminel et qui est le suivant: C'est qu'il n'annonce pas la couleur. On ne le sait pas. Alors le projet de loi sur la preuve, à la différence du Code criminel actuel, ne permet pas aux lecteurs d'identifier à première vue quels sont les secteurs du droit sur la preuve qui sont encore ceux du common law. Quels sont les secteurs qui sont changés par le projet de loi? Quels sont ceux qui sont exactement reproduits tel que le dit le common law? En d'autres termes, il y a des dispositions dans le projet de loi qui codifient le common law, qui vont tout simplement lui donner une expression législative, sans rien y changer, et à ce moment-là les juges vont fort probablement donner à ces dispositions-là une interprétation qui va se situer dans le prolongement des règles jurisprudentielles qui ont donné lieu à la formulation de la règle législative.

Il y a d'autres dispositions qui modifient le common law. Bien, ici, le juge est un peu plus mal placé pour avoir recours au common law pour interpréter les dispositions. Il va devoir déterminer quel est l'impact de la disposition législative, en regard du common law.

Il y a pire encore, c'est qu'il y a des pans entiers du droit sur la preuve dont l'importance fondamentale ne peut pas être négligée et ils sont tout simplement escamotés par le projet de loi. On n'en parle pas.

Alors, la preuve doit avoir une connaissance parfaite du common law, être capable d'identifier l'effet des dispositions, à savoir si elle codifie ou modifie le common law, et encore identifier quelles sont les lacunes où le common law reste intact entre les articles.

Quelques exemples ici sur lesquels je n'élaborerai pas en raison du temps: Prenons le voir-dire. Le voir-dire c'est le petit procès dans le procès, dit-on, qui a pour objet de permettre au juge du droit de prendre une connaissance des faits préalables à la détermination de l'admissibilité d'une preuve, et le voir-dire est l'application courante dans le droit de la preuve.

Le projet de loi en traite à plusieurs endroits que je n'énumérerai pas ici, mais sous des angles très particuliers. Il aborde exclusivement sous l'angle des déclarations de l'accusé aux personnes en situation d'autorité, c'est-à-dire les confessions. Que dire du rôle du voir-dire en tant qu'institution fondamentale dans le droit de la preuve, le cadre général dans lequel le voir-dire doit se faire? C'est une question importante aussi; est-ce que les règles de la preuve s'appliquent à la détermination des faits préalables, etc?

Toutes ces questions sont laissées dans l'ombre. On n'en parle pas. Autre aspect qui montre le caractère incomplet du projet de loi sur des questions qui sont très importantes en matière de preuve, on mentionne aux pages 17 et 18 du mémoire, et si vous voulez bien, prenons ce que l'on appelle la fin de non-recevoir, en traduction «the issue estoppel», mais qu'il vaudrait peut-être mieux désigner par une expression plus appropriée qui serait celle de l'irréfutabilité de la chose jugée.

[Traduction]

with this, I will tell you that as far as the Committee is concerned, the Bill in no way has this same quality. It is by no means comprehensive, because the common law continues to apply in the same way as the Criminal Code. However, it does have one shortcoming that the Criminal Code does not have, namely this: it fails to express clearly the intent. Unlike the present Criminal Code, the Evidence Act does not allow the reader to identify at first glance those areas of evidence law which are still based on the common law. What changes has the Bill brought about? What rules mirror the common law? In other words, the Bill contains provisions which codify the common law and which transpose it into a statutory context, without changing anything. Therefore, the judges will very likely give these provisions an interpretation which is an extension of the case law rules which led to the formulation of statutory rules.

The Bill also contains other provisions which amend the common law. Well here, the judge will be somewhat hard pressed to call upon the common law to interpret these provisions. He will have to determine what impact the statutory provision will have as far as the common law is concerned.

Worse still, there are entire areas of evidence law the importance of which we cannot deny and which are simply overlooked in the Bill. No mention at all is made of them.

Evidence must have a perfect knowledge of the common law, it must be able to identify the effects of the provisions, to know whether it codifies or amends the common law and it must be able to identify what shortcomings there are where the common law remains intact between the sections.

I won't go into the details, but I will give you a few examples of this. Consider the voir dire. Voir dire is the mini trial within the trial, the purpose of which is to enable the judge to gain knowledge of prior facts, to determine whether a particular piece of evidence is admissible. Voir dire is the current application as regards the law of evidence.

The Bill deals with the voir dire in many sections which I will not list here, but it does so from a number of very special perspectives. It deals with it in the context of the statements made by the accused to persons in a position of authority, or in other words, confessions. What about the role of the voir dire as a fundamental principle of the law of evidence? This is also an important question. Do the rules of evidence also apply to the determination of prior facts and so forth?

All of these questions remain unanswered in the Bill. One other thing which illustrates the incomplete nature of the Bill as far as very important evidence matters are concerned is the fact that on page 17 and 18 of the brief, as you can see, mention is made of the "dismissal", or of what should perhaps be termed more appropriate by as the irrefutability of the fact tried.

[Text]

Vous êtes tous familiers, bien sûr, avec la notion de choses jugées en droit. Dès qu'un tribunal a tranché une question par un verdict final, seul le verdict reste inchangé; on ne peut pas le remettre en cause dans un autre litige.

Cette notion a une implication importante dans la Loi sur la preuve et on la retrouve dans une récente décision de la Cour suprême du Canada. Le projet de loi ne parle pas du tout de la règle fondamentale de l'irréfutabilité de la chose jugée. Pourtant c'est une question importante.

Autre illustration du caractère incomplet de la loi: le projet de loi accorde beaucoup d'importance à la modification qu'il veut apporter aux admissions que peuvent faire les parties, au cours du procès, aux fins du litige comme tel. Le projet de loi suggère à cet égard, contrairement à ce que fait la loi actuelle, que l'admission puisse porter également sur les questions de droit. On n'en voit pas pour l'instant dans cet aspect de la question. Ce que les membres du comité déplorent, c'est que les auteurs du projet n'aient pas jugé utile de traiter du plaidoyer de culpabilité qui, il faut en convenir, est l'admission par excellence, et c'est peut-être l'institution du droit sur la preuve qui joue le plus grand rôle dans l'administration de la justice pénale. Je n'ai pas les statistiques avec moi, mais on dit fréquemment qu'il est de connaissance notoire qu'à peu près 80 p. 100 des inculpés plaident coupables. Si le plaidoyer de culpabilité n'était pas permis comme dans l'autre système, l'administration de la justice pénale au Canada s'écroulerait. Il faudrait multiplier le nombre des juges et des tribunaux, etc. Alors, vous voyez, sur le plan quantitatif, que le plaidoyer de culpabilité joue un rôle extraordinairement important. Sur le plan du fond aussi, le plaidoyer de culpabilité joue un rôle des plus importants du point de vue du droit sur la preuve. Quand l'accusé plaide coupable, il dit à la poursuite: J'admets que vous pouvez faire la preuve, j'abandonne tous mes droits fondamentaux, présomption d'innocence, défense pleine et entière, etc., et lorsque ceci est fait il ne reste au tribunal qu'à passer sentence. Il suffit de voir la jurisprudence pour voir toutes les difficultés éprouvées par celle-ci pour déterminer les conditions auxquelles un plaidoyer mal informé, par exemple, ou encore, là où un plaidoyer peut être retiré, etc. Ce qu'il faut souligner ici, c'est l'aspect fondamental du plaidoyer de culpabilité qui est tout simplement escamoté par le projet de loi.

Dans des notions plus théoriques et dont le rôle fondamental est également important, on peut parler de la notion de faits similaires. Le projet de loi parle beaucoup de preuve de moralité à l'occasion; il ne définit pas d'une manière complète la notion de pertinence et il escamote complètement la notion de faits similaires. La jurisprudence nous montre que la recevabilité d'un fait similaire met en cause une notion, un aspect particulier de la notion fondamentale de pertinence; alors, vous voyez qu'il y a deux aspects fondamentaux où le projet de loi est silencieux et il faudra s'en remettre encore au common law.

Maintenant, j'aborde le thème des droits fondamentaux de l'accusé, et ici je me propose de parler quelque peu de la présomption d'innocence, du droit de l'accusé à ne pas témoigner, de son droit à une défense pleine et entière et enfin du fardeau de la preuve au voir-dire.

[Traduction]

You are all familiar, of course, with the concept of facts tried in law. Once a court has ruled on a case and delivered a final verdict, only the verdict can remain unchanged. It cannot be questioned in another trial.

This concept has important implications as far as the Evidence Act is concerned, as can be seen by a recent Supreme Court of Canada decision. The Bill makes no mention whatsoever of the fundamental rule of the irrefutability of the fact tried, yet this is an important question.

Here is another example of the incomplete nature of the Bill. It awards a great deal of importance to amendments concerning the admission which the parties can make during the course of the trial. The Bill proposes, contrary to the present legislation, that admissions can now involve a question of law. We do not see any for the moment in this aspect of the question. What the members of the Committee deplore is the fact that the authors of the Bill did not deem it useful to deal with the guilty plea which, as we all know, is the admission par excellence. It is perhaps the one most important institution of the law of evidence, the one which plays the greatest role in the administration of justice. While I do not have the statistics with me, it is often said that it is common knowledge that close to 80 per cent of the accused plead guilty. If the guilty plea were inadmissible, as it is in the other system, the administration of criminal justice in Canada would crumble. We would have to multiply the number of judges, courts and so forth. Therefore, as you can see, quantitatively speaking, the guilty plea plays an extraordinarily important role, one of the most important in terms of evidence law. When the accused pleads guilty, he is saying to the prosecution: I admit that you have evidence, I renounce all of my fundamental rights, the presumption of innocence, full and complete defence, etc., and when this is done, all that remains is for the court to pass sentence. We only have to look at case law to see the host of problems this has created and to see under what conditions an improper plea can be withdrawn. What it is important to stress here is the fundamental aspect of the guilty plea which is quite simply overlooked in the Bill.

With respect to more theoretical concepts which also play an important fundamental role, we can speak of the concept of similar facts. The Bill speaks a great deal about morality evidence. It does not define completely the concept of relevance and it overlooks completely the concept of similar facts. Case law shows us that the admissibility of a similar fact questions a particular aspect of the basic concept of relevance. Therefore, as you can see, the Bill is silent as far as two basic concepts are concerned and we again have to rely on the common law.

I will now broach the theme of the fundamental rights of the accused. At this time, I would like to touch briefly on the rule of the presumption of innocence, namely the right of the accused to refuse to testify and his right to a full and complete defence, and finally on the burden of proof at the voir dire.

[Text]

M^e Rosenberg a rappelé tantôt, avec raison, que la Charte canadienne consacre la présomption d'innocence, à l'article 11(d). On sait également que la présomption d'innocence signifie l'obligation à la poursuite de faire la preuve de la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable quant à tous les éléments essentiels de l'infraction, et il y a un autre aspect qui n'a pas été souligné et auquel je reviendrai tantôt.

Ce que le comité juge troublant à la lecture des dispositions du projet de loi sur cette question, c'est qu'il n'est fait nulle part mention de la présomption d'innocence, et si on lit les dispositions en question, le lecteur s'aperçoit à la manière dont les dispositions sont descriptives, d'ailleurs, qu'il arrive aussi souvent que l'inculpé a la charge de prouver des choses, que cela peut arriver à la poursuite, alors que la Charte canadienne des droits dit exactement le contraire.

Dans le deuxième aspect de la présomption d'innocence, les commentaires valent, encore une fois, tant pour le texte anglais que pour le texte français, indépendamment des questions de traduction. Les auteurs du projet ont malheureusement, à notre avis, choisi des expressions techniques, expressions que le juge doit donc expliquer au jury, en prenant d'autres expressions plus simples pour lui faire comprendre; par exemple, le projet parle de fardeau de présentation, de «evidential burden» en anglais et définit par rapport à certains moyens de défense ce fardeau de présentation comme comportant ou comme consistant en telle chose, et parle à d'autres égards du fardeau de persuasion qu'il définit dans les termes de la prépondérance de probabilité. Or, la Commission de réforme du droit dans le code de la preuve avait déjà proposé, en 1976, des thèmes permettant à la loi d'éviter des expressions techniques et permettant, du même coup, au juge du droit d'expliquer directement le concept au juge des faits, sans devoir passer par les termes techniques. Donc, la question de la terminologie à cet égard est importante au comité en ce qui concerne l'énonciation de la présomption d'innocence.

Le deuxième aspect est la question de la structure du projet de loi qui, à notre avis, devrait être vue de manière à mettre le principe de l'avant, qui est celui de la présomption d'innocence et les répercussions sur l'aménagement du fardeau de la preuve, ne sont que, au mieux, un aménagement, et au pire des exceptions.

Enfin, ici, le comité souscrit, fait siennes les remarques qui ont déjà été faites par M^e Rosenberg quant à l'application en matière criminelle du principe de l'article 730, au paragraphe 2 du Code criminel qui, à l'heure actuelle, se limite aux infractions sommaires.

L'article qui consiste à mettre à la charge de l'inculpé l'obligation de réfuter par une preuve prépondérante l'existence d'une excuse, justification et exception,—exemption, qui est prévue par la loi, en sa faveur et là, nous croyons que cette disposition est une contradiction directe de la présomption d'innocence.

Elle constitue, dans le cadre du projet, une extension aux actes criminels qui ne se justifient et au surplus, la disposition, même si elle était limitée telle qu'elle est à l'heure actuelle aux

[Traduction]

As Mr. Rosenberg correctly noted earlier, section 11(d) of the Canadian Charter enshrines the rule of the presumption of innocence. Furthermore, we know that the presumption of innocence means that the prosecution is required to prove that the accused is guilty beyond a reasonable doubt, taking into account all of the important elements of the offence. There is also one other aspect which has not been mentioned and which I will get back to later.

On reading the provisions of the Bill, the Committee found it rather disturbing that no mention is made of the presumption of innocence. If we read the provisions in question, we note that the provisions are descriptive. It would seem that the burden of proof is on the accused as often as it is on the prosecution, whereas the Canadian Charter of Rights says that the exact opposite should be the case.

Comments respecting the second aspect of the presumption of innocence apply equally once again to both the French and English versions of the Bill. In our opinion, the authors of the Bill unfortunately chose technical expressions, expressions which the judge must explain to a jury by using simpler words. For example, the English version of the Bill refers to the "evidential burden" and defines it in relation to certain means of defence as involving a particular thing. Elsewhere it refers to the burden of persuasion which it defines in terms of the preponderance of probabilities. The Law Reform Commission proposed approaches back in 1976 that would have made it possible to avoid technical expressions in the evidence legislation and would at the same time have enabled the trier of the law to explain the concept directly to the trier of the facts, without having to use technical terms. So the question of terminology in this respect is important to the committee as regards the enunciation of the presumption of innocence.

The second aspect is the question of the Bill's structure, which in our opinion should make the principle of the presumption of innocence paramount, and the repercussions on the distribution of the burden of proof are only, at best, a compromise and, at worst, exceptions.

Finally the committee endorses, adopts, the remarks made by Mr. Rosenberg regarding the application in criminal law of the principle of Section 730, paragraph two, of the Criminal Code, which at the present time restricts itself to summary offenses.

The section makes the accused responsible for rebutting with preponderant evidence the existence of an excuse, justification or exception—exemption, prescribed by law, which is in his favour, and we regard that provision as a direct contradiction of the presumption of innocence.

Within the framework of the Bill it constitutes an extension to criminal acts that cannot be justified and also, even if the provision were limited as it is currently to summary offenses, it

[Text]

infractions sommaires, reste évidemment contestable au plan de la présomption d'innocence tel qu'énoncé par la Charte.

Il y a plus grave que tout ça: C'est que l'acceptation de cet article comme étant la loi du Canada,—ce qu'une disposition du projet de loi dit clairement,—signifierait que la présomption d'innocence ne devrait s'appliquer dorénavant qu'aux moyens de défense généraux. Si vous lisez les dispositions spéciales des lois particulières fédérales qui créent des infractions et les textes d'incrimination qui sont portés au Code criminel, vous allez voir qu'il est de règle générale que le législateur prévoit des moyens de défense particuliers.

Cela veut dire que sur un plan quantitatif, la présomption d'innocence n'aurait été faite que pour un groupe relativement mineur d'infractions. Sur un plan quantitatif, pour la plupart des infractions, l'accusé ne bénéficiera pas de la présomption d'innocence. La contradiction nous semble beaucoup trop forte au point de départ, dès l'adoption de la Charte, pour devoir dire que la Charte n'est qu'un principe, mais qu'au plan de la généralisation son principe n'est pas vrai. Alors il y a une contradiction de principe, il y a une contradiction dans la pratique qu'il faut énoncer.

Il y a d'autres droits fondamentaux, mais là je vais me limiter à un aspect. Il s'agit, ici, du droit de l'inculpé à citer ses témoins dans l'ordre qu'il lui convient. Ceci est très important parce que cette disposition chevauche sur deux droits fondamentaux, tel que nous le verrons. L'article 108 du projet de loi prévoit, à l'instar du droit actuel, que l'inculpé puisse citer ses témoins dans l'ordre qui lui convient. Pas de difficulté là-dessus, c'est le droit actuel. Il dispose, cependant, que le tribunal peut faire des observations au jury sur la force probante du témoignage de l'inculpé, confirmant un témoignage préalablement rendu par un de ses témoins. Cette disposition a pour effet, contrairement à la jurisprudence actuelle, de permettre au juge de préjuger de la crédibilité de l'inculpé du seul fait qu'il témoigne après ses propres témoins.

Cette disposition entre, croyons-nous, en contradiction flagrante avec le droit de l'inculpé de faire une défense pleine et entière et avec son droit de ne pas être contraint à témoigner dans sa cause. La conjonction de ces deux principes, une défense pleine et entière et le droit de ne pas être contraint à témoigner dans sa cause, signifie tout simplement que l'accusé a le droit de faire une défense pleine et entière sans témoigner lui-même.

Toute règle qui a pour effet directement ou indirectement de forcer l'accusé à témoigner avant ses témoins est une restriction au droit de l'accusé de faire une défense pleine et entière et à son droit de ne pas témoigner. Voici pourquoi: Elle signifie, en effet, que l'inculpé doit exercer son droit de témoigner ou de ne pas témoigner avant même que sa défense soit complète. Il doit décider de témoigner, et qu'il est préférable de témoigner, avant même que ses témoins ne le fasse.

Or, il nous apparaît essentiel que l'inculpé puisse réserver sa décision de témoigner ou de ne pas témoigner d'une cause jusqu'au moment où il peut avoir, lui, en tant qu'inculpé, une appréciation complète de la preuve qu'il a présentée, si c'est le cas.

[Traduction]

would still obviously be open to argument as regards the presumption of innocence set forth in the Charter.

More serious even than that, is the fact that acceptance of this clause as part of the law of the land—which a provision of the Bill clearly states—would mean that the presumption of innocence would from now on apply only to general means of defence. If you read the special provisions of the particular federal acts that define offenses and the texts on incrimination that are attached to the Criminal Code you will see that generally the legislator allows for particular means of defence.

This means that quantitatively the presumption of innocence would be made for only a relatively minor group of offenses. Quantitatively, for most offenses, the accused will not be presumed innocent. The contradiction seems to us much too marked at the outset, with the adoption of the Charter, to say that the Charter is only a principle and on the general level its principle does not hold. So there's a contradiction in principle and also a contradiction in practice that must be enunciated.

There are other fundamental rights, but I'm going to limit myself to one aspect. This is the right of the accused to call him witnesses in any order that suits him. This is very important, because this provision involves two fundamental human rights, as we see it. Clause 108 of the Bill, like the existing legislation, allows the accused to call his witnesses in any order he wishes. We have no difficulty with that, it's the law as it now stands. The clause goes on to say, however, that the court may comment as to the probative force of the accused's testimony if he confirms evidence previously given by one of his witnesses. The result of this provision goes against existing jurisprudence because it allows the judge to prejudge the credibility of the accused solely on the basis of the fact that he testified after his own witnesses.

We believe that this provision is in flagrant contradiction with the right of the accused to put forward a full and complete defence and with his right not to be compelled to testify. The combination of these two principles, a full and complete defence and the right not to be compelled to testify, simply mean that the accused has the right to put forward a full and complete defence without himself giving evidence.

Any rule that directly or indirectly results in compelling the accused to testify before his witnesses do is a restriction on the right of the accused to put forward a full and complete defence and not to testify himself. This is why: such a rule means in effect that the accused has to exercise his right to testify or not to testify before his defence is complete. He has to decide to give evidence, and whether it is preferable to give evidence, before his witnesses do so.

Now, we feel it is essential that the accused be allowed to reserve his decision to testify or not in a case until such time as he as an accused person can have a complete appreciation of the evidence presented, if any.

[Text]

L'on sait que l'inculpé ne peut pas exercer le contrôle sur la crédibilité de ses témoins, sur les gens qu'il décide de faire entendre, ni sur l'impact que ses témoignages peuvent avoir sur le juge des faits.

Alors, ainsi comprise, la disposition de l'article 108 a tout simplement pour effet de pénaliser l'inculpé selon le moment qu'il a choisi d'exercer son droit de témoigner alors même que la loi lui reconnaît, par ailleurs, sont droit à une défense pleine et entière et l'incontraignabilité. Ces deux droits fondamentaux sont donc directement menacés par cette disposition.

Je vous ai dit en commençant, madame le président, honorables sénateurs, que nous avons fait un mémoire systématique, c'est-à-dire que nous avons tenté de bâtir le mémoire autour de certaines idées fondamentales. Dans le mémoire, il y a des illustrations des thèmes que j'ai développés devant vous, illustrations qui sont évidemment plus complètes que celles dont j'ai tenté de faire un résumé. Ce sont les thèmes qui se sont dégagés, qui montrent bien que le projet de loi ne soit pas un exercice futile, un exercice qui n'aurait pas dû être fait. Les membres du comité reconnaissent qu'énormément de travail a été fait. Il y a une foule de disposition qui constitueraient une amélioration considérable sur le droit actuel. Notamment, en matière de ce qui est conjugal, c'est un magnifique effort de rationalisation, de simplification, etc. Dans les thèmes que nous avons dégagés, nous avons l'impression que le projet de loi risque de compromettre la certitude et la simplification du droit qui sont, au point de départ, sans doute les objectifs des auteurs du projet; aussi il risque de compromettre les droits de l'inculpé que les règles du droit actuel lui reconnaissent clairement et que l'interprétation de plusieurs de ces dispositions du projet risquent de lui retirer.

Le président: Merci, M^e Fortin.

I wonder if I could ask our final witness to pause for a moment because Senator Asselin has to leave shortly and would like to put some questions to the members of the special committee.

Senator Asselin: Thank you, Madam Chairman.

Le sénateur Asselin: Je m'excuse auprès des membres du Barreau. J'ai une rencontre importante à cinq heures. Il s'agit de décider si l'on va réformer le Sénat ou non. Je pense que ma présence là est importante parce que l'on prendra des décisions concernant les travaux du comité.

Je suis extrêmement impressionné par la présentation du mémoire du Barreau canadien ainsi que du Barreau de ma province, la province de Québec. Je m'aperçois qu'il y a encore d'excellents professeurs de droit. On a eu le professeur de droit à l'Université de Montréal, M^e Fortin, qui nous a fait un excellent exposé et je tiens à le féliciter.

Vous ne semblez pas être satisfaits du projet de loi; imaginez-vous que nous aussi ne sommes pas satisfaits de ce projet de loi. La première chose que je voudrais savoir des membres du Barreau canadien, c'est que vous avez déjà comparu devant ce comité et y avez présenté des griefs. Nous avons étudié cela sérieusement et vous deviez ensuite rencontrer les hauts fonc-

[Traduction]

As we all know, the accused cannot control the credibility of his witnesses, the people he decides should be heard, or the impact his witnesses may have on the trier of the facts.

Looked at in this light, all clause 108 does is to penalize the accused on the basis of the moment he picks to exercise his right to testify, even though the law acknowledges his right to a full and complete defence without being compelled to testify. These two fundamental human rights are thus threatened by this provision.

I said at the start of my remarks, Madam Chairman and Honourable Senators, that our brief was systematic, that is, we tried to construct it around certain basic ideas. In the brief you will find illustrations of themes that I have discussed here, illustrations that are obviously more complete than those I have tried to summarize for you. The themes that have come out of it indicate clearly that the Bill is not a pointless exercise, something that should never have been begun in the first place. The members of the committee recognize that an enormous amount of work has been done. There are a huge number of provisions that would constitute a considerable improvement to the existing law, notably in the area of marriage, there's a splendid effort at making the whole thing more sensible and simple. However, in the areas we have identified, we have the impression that the Bill risks compromising the certainty and simplification of the law, qualities that were undoubtedly the goals of the drafters of the Bill. It risks compromising certain rights of the accused that existing law plainly guarantees him, but which the interpretation of a number of the provisions in the Bill threaten to take away from him.

The Chairman: Thank you, Maître Fortin.

Pourrais-je demander à notre dernier témoin de s'interrompre un moment, car le sénateur Asselin doit partir sous peu et voudrait poser quelques questions aux membres du Comité spécial.

Le sénateur Asselin: Merci, madame le président.

Senator Asselin: I must beg the pardon of the Members of the Bar. I have an important meeting at five o'clock. It's to decide whether or not we're going to reform the Senate. I think my presence there is important because they'll be making decisions regarding the work of the Committee.

I am extremely impressed by the presentation of the brief by the Canadian Bar Association and the Bar Association in my own province, the Province of Quebec. I see there are still excellent law professors there. We have had the professor of law at the Université de Montréal, Maître Fortin, who has given us an excellent presentation, and I want to congratulate him.

You don't seem to be satisfied with the Bill—we aren't happy with it either. The first thing I would like to know from the members of the Canadian Bar Association is, you have already appeared before this Committee and presented your complaints. We studied them carefully and you were then to meet with senior officials of the Department of Justice. I

[Text]

tionnaires du ministère de la Justice. Je voudrais savoir si cela a été fait et quel a été le résultat de cette rencontre.

M. Fortier: Effectivement monsieur le sénateur, la rencontre a eu lieu. Il y a eu des échanges extrêmement constructifs entre certains membres du Barreau canadien et certains des fonctionnaires du ministère de la Justice, qui œuvrent sur S-33 depuis plusieurs années. A certains égards, je suis très heureux de vous dire que certaines de nos premières observations ont été retenues. A d'autres égards, on nous a dit: Nous sommes très heureux d'entendre que vous allez maintenant étudier en profondeur le projet de loi, nous avons hâte de voir le fruit de vos études. J'espère que je n'ai pas commis un impair envers les membres de votre comité mais dès vendredi dernier, en même temps que nous faisons livrer ici les mémoires qui vous ont été explicités aujourd'hui, des exemplaires étaient adressés à mon ami le sous-ministre de la Justice, M^e Roger Tassé. Je l'avais rencontré quelques jours plus tôt et il était très heureux de savoir que notre travail était parachevé. Il m'a laissé entendre qu'il allait vouloir, au cours de l'été pour suivre les conversations avec le Barreau canadien.

Le sénateur Asselin: Le projet de loi que nous avons devant nous n'a pas seulement des défauts, il a aussi des qualités. Le fait que les procureurs généraux des provinces se soient entendus pour que l'on présente un projet de loi sur l'uniformité de la loi de la preuve, je pense que c'est un «plus» pour ceux qui l'ont présenté. A la page 36, du mémoire du Barreau du Québec, vous dites ceci:

La formation du groupe de travail qui a donné naissance au projet de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, l'orientation générale de ses travaux, le type de discussions que l'on retrouve dans son rapport et la structure même du projet démontrent que l'aspect de la dualité du système juridique au Canada, à cause du caractère particulier de l'héritage de droit civil du Québec, n'a pas fait l'objet d'attention particulière.

Or, je suis au courant et les membres du comité le sont aussi, que ce projet de loi a été soumis à l'attention du ministère de la Justice du Québec qui l'a étudié attentivement. Il y a eu des représentants du ministère de la Justice qui ont fait partie du Groupe de travail. Est-ce que le Barreau de la province et le Barreau canadien,—c'est un argument important lorsque vous parlez de la dualité de la preuve au Québec—ont eu des contacts avec le ministère de la Justice du Québec pour savoir s'ils sont encore en faveur du projet de loi. J'ai vu une lettre en faveur du projet de loi.

M. Fortier: Peut-être que monsieur le bâtonnier Lebel aurait quelques commentaires à faire à ce sujet; ensuite, je voudrais ajouter quelques commentaires.

M. Lebel: Sur cette question des consultations entre le ministère de la Justice du Québec et le ministère de la Justice du Canada, je pense que celui qui serait le plus en mesure de répondre favorablement serait un des sous-ministres du Québec. Nous avons eu effectivement un certain nombre de contacts avec le ministère de la Justice au Québec.

Le sénateur Asselin: Au sujet de ce projet de loi?

[Traduction]

would like to know if there was a meeting and what the results were.

Mr. Fortier: There was indeed a meeting, Senator. Extremely constructive exchanges took place between certain members of the Canadian Bar and certain officials of the Department of Justice, who have been working on Bill S-33 for a number of years now. In some areas, I am glad to be able to say, certain of our first observations were adopted. In other areas, we were told: "We're very happy to hear that you're going to study the Bill in depth, we're eager to see the results." I hope I didn't commit a faux pas as far as the members of your Committee are concerned, but last Friday, at the same time as we were delivering the briefs that have been discussed here with you today, copies were sent to my friend the Deputy Minister of Justice, Mr. Roger Tassé. I had met him several days earlier and he was very pleased to hear that our work was completed. He gave me to understand that over the course of the summer he would want to continue the discussions with the Canadian Bar.

Senator Asselin: The Bill we have before us has virtues as well as defects. The fact that the provincial Attorneys Gen all agreed that a Bill on the uniformity of the Evidence Act should be brought in represents, I feel, a "plus" for the Bill's sponsors. On page 25 of the brief by the Quebec Bar, you say:

The structure of the working group that developed the code adopted by the Uniform Law Conference of Canada, the general orientation of the group's work, the kind of discussion found in its report and the very structure of the Bill make it clear that the duality of the legal systems in Canada, that results from the specific nature of the civil law heritage in Quebec, was not given any particular attention.

Now, I am aware, and the members of the Committee are too, that this Bill was submitted to the Quebec Ministry of Justice, which studied it closely. There were representatives of the Ministry of Justice on the Task Force. Have the Quebec and Canadian Bars—this is an important point when you talk about the duality of evidence in Quebec—had contacts with the Quebec Ministry of Justice to find out if they still support the Bill? I have myself seen a letter in support of the Bill.

Mr. Fortier: Perhaps Mr. Lebel, the Bâtonnier, could comment on this subject and then I would like to add a few remarks afterwards.

Mr. Lebel: On the question of consultations between the Quebec Ministry of Justice and the Canadian Department of Justice, I think that the person who would be best able to give a favourable answer would be one of the provincial deputy ministers. We did have a certain number of contacts with Quebec's Ministry of Justice.

Senator Asselin: About the Bill?

[Text]

M. Lebel: Oui, au sujet de ce projet de loi et au sujet des procédures de consultation préalable. J'ai moi-même eu l'occasion, ces dernières semaines, de parler à certains des sous-ministres. Il est clair qu'il y a eu de la consultation sur les aspects de droit pénal et de droit criminel. La consultation est intervenue surtout à ces niveaux. Il ne semble pas qu'elle ait porté sur les aspects civils ou du moins que ces aspects civils aient pu constituer une partie importante des discussions. Les gens que j'ai rencontrés au ministère de la Justice au Québec m'ont eu l'air somme toute assez surpris du résultat des travaux de préparation de ce projet de loi, du moins quant à l'aspect civil.

Le sénateur Deschatelets: Ceci peut être assez révélateur. Lorsque le juge Pigeon a comparu devant nous, il nous a bien dit qu'il s'était limité plutôt à la terminologie de la version française et qu'il n'avait pas eu le temps d'entrer dans la substance du projet de loi. Comme nous avions un juriste remarquable devant nous, nous n'avons pas voulu le laisser se sauver de cette façon sans essayer de le questionner quelque peu. A un moment donné, il a consenti à nous faire la déclaration qu'il était au courant des travaux du Groupe de travail qui a précédé le projet de loi. Il a dit: Si vous voulez ma réaction, c'est que ce projet de loi S-33 va beaucoup plus loin que les conclusions du Groupe de travail. J'ai compris, à ce moment-là que s'il y avait tant de personnes plus ou moins unanimes, lors de l'étude du Groupe de travail, si ceux qui ont rédigé le projet de loi sont allés au-delà des conclusions du Groupe de travail, c'est là que vous les praticiens, un peu partout à travers le pays, êtes arrivés et avez dit: Ecoutez, cela dépasse les cadres de ce qui avait été accepté là-bas.

M. Fortier: Je peux ajouter quelques commentaires à la réponse que le bâtonnier Lebel a donnée à votre question, sénateur Asselin, auparavant. Tout d'abord, j'ai participé à certaines de ces discussions avec les gens en place à Québec. Je suis d'accord avec le bâtonnier Lebel qu'il serait très intéressant que vous leur posiez les questions. Néanmoins, le Groupe de travail auquel le sénateur Deschatelets fait référence a accouché d'un bouquin qu'il est intéressant de consulter, à la page 598. Vous allez voir qu'avant d'adopter l'avant-projet de loi uniforme sur la preuve, vous retrouvez une petite déclaration bien anodine: Un délégué du Québec signale la difficulté d'introduire dans la province une loi uniforme sur la preuve alors qu'il existe déjà un Code civil et un code de procédure civil. C'est la fin de la citation et la fin de la discussion sur cet élément-là; le son de cloche du Québec. Alors, c'était simplement pour ajouter à ce que le bâtonnier disait. Notre collègue, M^r Gerald Tremblay, aurait aussi quelque chose à dire sur ce point.

Me Gerald Tremblay, Barreau du Québec: Je suis heureux de m'adresser particulièrement au sénateur Asselin avant qu'il ne soit obligé de nous quitter. Effectivement, tout ceci est du oui-dire, mais dans les consultations qui suivent, quand on regarde le Groupe de travail et la composition de notre comité, on se rend compte que l'aval ou le consentement des procureurs généraux et le travail actif des procureurs généraux des diverses provinces, semble avoir été orienté du côté du renforcement des outils de la Couronne dans la poursuite et l'admi-

[Traduction]

Mr. Lebel: Yes, about the Bill and about the preliminary consultation procedures. I myself have had opportunities during these past few weeks to talk to certain deputy ministers. It is clear that there has been consultation on the aspects of penal and criminal law. Consultation has occurred mainly in these areas. It doesn't appear that it has occurred with respect to the civil aspects, or at least that the civil aspects were a major part of the discussions. The people I met at the Ministry of Justice seemed to me in general quite surprised at the result of the preparatory work on the Bill, at least as regards the civil aspect.

Senator Deschatelets: That may be rather revealing. When Mr. Justice Pigeon appeared before us he said he had restricted himself largely to the terminology of the French version and that he hadn't had the time to go into the substance of the Bill. With such a distinguished jurist before us we didn't want him to get out of it so easily, without trying to question him a little further. Eventually he agreed to tell us that he was aware of the work by the Task Force that preceded the Bill, and he said, "If you want my reaction, I think that Bill S-33 goes very much further than the conclusions of the Task Force." At that point I realized that if there were so many more or less unanimous people, when the Task Force was doing its study, if those who drafted the Bill went beyond the conclusions of the Task Force, that was when you practising lawyers, just about everywhere in the country, came along and said: Look, this is going beyond what was accepted there.

Mr. Fortier: I would like to add a few words to the answer that Mr. Lebel gave earlier to your question, Senator Asselin. First of all, I took part in some of those discussions with Quebec officials. I agree with Mr. Lebel that it would be very interesting for you to question them. Nevertheless, the Task Force to which Senator Deschatelets referred produced a document that is worth consulting, page 598. You'll see that before adopting the draft Uniform Evidence Bill, there is a bland little statement: a Quebec delegate points out the difficulty of introducing a Uniform Evidence Act into that province when they already have a Civil Code and a Code of Civil Procedure. That's the end of the quote, and that's the end of the discussion on the issue, Quebec's side of the story. I just wanted to add that to what the Bâtonnier had said. Our colleague Maître Gérard Tremblay might also have something to say about this.

Mr. Gerald Tremblay, Quebec Bar: I am glad to address myself specifically to Senator Asselin before he has to leave us. Basically all this is hear-say, but in the consultations that follow, when you look at the Task Force and the make-up of our committee, you realize that the endorsement or the consent of the Attorneys Gen of the various provinces seems to have been oriented toward reinforcement of the tools available to the Crown in the application and administration of criminal law. The section 3 that you have been discussing from the

[Text]

nistration du droit criminel. L'article 3 auquel vous faisiez allusion dès le début passe de façon anodine. C'est tellement de cette manière que M^e Ewaschuk le concevait, malgré le cri d'alarme que j'avais lancé lors de ma dernière comparution, qu'il a dit: Ça ne change rien, c'est déjà comme cela, ce sera toujours la même chose. A un moment donné, j'ai été très inquiet; je me suis demandé: est-ce que c'est moi qui ne sais pas lire? C'est pour cela que lors de la composition du comité, nous sommes allés chercher des gens comme le juge Nadeau et M. Ducharme que l'on cite à tour de bras. Ils ont été les co-auteurs du seul traité que nous avons en droit de la preuve au Québec. Eux disent la même chose; si vous regardez dans notre rapport les textes de jurisprudence précis, ils sont à l'effet qu'en matière fédérale, nous allons nous mettre à appliquer les lois sur la preuve qui seront incluses là, plutôt que d'appliquer les lois sur la preuve applicables en matière civile.

Un des points importants qu'il faudrait souligner. Dans le texte que M. Ducharme avait produit pour nous, on rencontre quelques petites inexactitudes en français, et là je suis certain qu'il serait un peu gêné qu'on le cite car il est parti en vacances et n'a pas eu le temps de le retoucher. Il aurait voulu le revoir pour corriger le français. Je peux vous donner quelques exemples à titre d'illustration. Il mentionne l'exemple suivant, le préalable; il nous dit que l'on retrouve un esprit anglo-saxon derrière tout cela. Les dispositions sur la Loi de la preuve ne s'appliquent pas à l'examen au préalable. Alors, dans le même procès, l'on procédera à l'examen au préalable. Si on soulève une objection à la preuve, nous allons devant le juge. Le juge décide: dans ce cas-ci, je pense que c'est du oui-dire admissible ou non admissible, parce que le cas ne s'applique pas. Nous allons revenir au Code civil du Québec. Le procès survient trois ans après. C'est la même procédure. Là, le même type de preuve va devenir admissible parce que le code de preuve s'applique au Québec. Alors nous allons avoir deux régimes de preuve différents à l'intérieur d'une même procédure. Cela n'a aucune espèce de bon sens. La raison pour laquelle je vous dis qu'il y a un élément anglo-saxon derrière tout cela, c'est qu'en matière de preuve, sous juridiction de common law, le préalable ne fait pas partie du procès. Chez-nous, le préalable fait automatiquement partie du procès. Eux, ils n'ont rien à perdre car ils recommencent au procès. Ils décident après débat ce qu'ils introduisent au procès provenant de l'examen au préalable. Chez-nous, cela fait automatiquement partie du procès. Vous aurez donc une preuve probablement illégale en vertu du nouveau code, qui sera légalement en preuve parce qu'il aura été obtenu au cours du préalable. C'est un exemple que je voulais vous donner là-dessus.

Le sénateur Deschatelets: Est-ce que je peux poser une question à M. Tremblay?

Le président: Une supplémentaire?

Le sénateur Deschatelets: C'est pour que tous les gens autour de cette table saisissent bien ce que vous voulez dire, selon l'article 3, concernant le champ d'application et c'est important pour les gens du Québec. J'ai posé des questions à un moment donné aux fonctionnaires du ministère de la Justice. On a dit: Lisez l'article 3 et les dispositions de l'article 4

[Traduction]

beginning went through perfectly smoothly. It was so exactly the way Mr. Ewaschuk conceived it, despite the alarm bell I sounded at my last appearance, that he said, "It doesn't change anything, it's already that way, it'll always be the same thing." At one point I was very disturbed—I said to myself, "Maybe I'm the one who can't read?" That's why when we came to make up the committee we looked for people like Mr. Justice Nadeau and Mr. Ducharme, who are cited all the time. They were the co-authors of the sole work we have on the rules of evidence in Quebec. They said the same thing: if you look at the exact jurisprudential texts in our report, they say in essence that in federal cases we are going to apply the legislation on evidence that will be included there, rather than applying the legislation on evidence that refers to civil matters.

One of the important points that must be stressed is that in the text that Mr. Ducharme produced for us there are a few minor inaccuracies in the French, and I'm sure he would be somewhat embarrassed to be quoted, because he went on vacation and he didn't have the time to make the finishing touches. He would have wanted to go over it to correct the French. I can give you some examples by way of illustration. He mentions the following example, the examination of discovery: he says there is an Anglo-Saxon bias perceptible behind all this. The provisions of the Evidence Act do not apply to the examination for discovery. So in one trial there might occur during the examination for discovery an objection to the evidence, and then we go before the judge. The judge decides that in this particular case the hear-say evidence is or isn't admissible, because the case doesn't apply. Back to the Quebec Civil Code. The trial follows three years later. Same procedure. This time the same type of evidence is going to be admissible because the evidence code applies in Quebec. So we would have two different systems of rules of evidence within the same trial, which is absolutely senseless. The reason I say there is an Anglo-Saxon bias in all this is that as far as evidence is concerned, under common law, the examination for discovery is not part of the trial. With us, it is automatically part of the trial. In the other system they have nothing to lose because they start over again at the trial—they decide after discussion what evidence raised during the examination for discovery will be admissible at the trial. With us, everything is automatically part of the trial. So you will have evidence that is probably illegal under the new code, which will be legal evidence because it was obtained during the examination for discovery. That's an example I wanted to draw to your attention.

Senator Deschatelets: May I ask Mr. Tremblay a question?

The Chairman: A supplementary?

Senator Deschatelets: I'm asking it so that everybody around this table will be quite clear as to your meaning about section 3 and the scope of its application—it's important for the people of Quebec. At one point I asked officials of the Department of Justice and they said, "Read section 3 and the

[Text]

etc... C'est le statu quo. Même avec cela, je vous pose la question. Il y a un litige aujourd'hui même, au Québec.

Le président: Est-ce que je peux vous interrompre, sénateur Deschatelets, car le sénateur Asselin doit nous quitter.

Le sénateur Asselin: Je vous remercie, madame le président. Au cours des auditions qui ont été tenues ici devant le comité sur ce projet de loi, je me suis inquiété des droits fondamentaux de l'accusé. C'est peut-être par déformation professionnelle, car j'ai été dans ma jeunesse un avocat de province et j'ai eu souventes fois à plaider devant le jury pour défendre des accusés au criminel. Je me suis dit: si cette loi sur la preuve venait en vigueur aujourd'hui—je veux savoir si je me trompe—il y a tellement de contradictions au sujet des droits fondamentaux des accusés qui sont niés dans ce projet de loi, je crois que je n'aurais aucune chance à faire valoir les droits de l'accusé et j'aurais de la difficulté à faire acquitter des accusés tels que j'en ai déjà fait acquitter dans le passé. Est-ce que je me trompe?

M. Fortin: Madame le président, honorables sénateurs, cette question est fondamentale.

Le sénateur Asselin: C'est une question fondamentale, en effet. Nous sommes ici pour protéger autant les droits des accusés que ceux de la Couronne.

M. Fortin: Elle est fondamentale, cette question. Il m'est difficile, bien sûr, de prophétiser, à supposer que la loi soit adoptée telle quelle. Il y a des hypothèses et des scénarios possibles, dont le plus éventuel est le suivant: C'est que les droits qui sont reconnus traditionnellement par le droit de la preuve aux accusés font partie d'une société libre et démocratique telle que celle que nous avons connue jusqu'à maintenant. Ils font partie de la notion de justice fondamentale qui est reconnue par l'article 1 de la Charte. Toutes les dispositions de la loi sur la preuve qui apportent des restrictions aux droits qui sont maintenant reconnus à l'accusé seraient donc de ce fait susceptibles d'être attaquées, au sens de leur validité constitutionnelle, en fonction des droits et des garanties juridiques qui sont énoncés dans la Constitution. Alors on peut penser que la notion de justice fondamentale sera sauvegardée par les tribunaux, car ils sont pénétrés de ces principes. A supposer que les risques soient minimes pour les droits des inculpés, est-ce qu'il vaut la peine de donner ouverture à des batailles judiciaires créées par des textes qui comportent des contradictions ou des incertitudes sur des questions aussi fondamentales. Alors, vous voyez l'état d'incertitude et de confusion qui va en suivre. Cela va prendre des années à la jurisprudence avant que la poussière, pour ainsi dire ainsi soulevée, arrive à se déposer un peu pour que l'on se retrouve dans le système qui est celui consacré par la tradition.

Mr. Fortier: It may be interesting, now that you have heard from an academic, to hear from a practitioner who also is in the heat of battle daily as you were, Senator Asselin, not so many years ago. The question, Mr. Rosenberg, from Senator Asselin was whether or not if Bill S-33 is adopted in the form in which it presently stands, it would be more difficult to have an accused found not guilty. I am summarizing his question as best I can.

[Traduction]

provisions of section 4, etc. It's the status quo." But even so I'm asking you. There is a case in Quebec at this very moment.

The Chairman: May I interrupt you, Senator Deschatelets? Senator Asselin has to leave us.

Senator Asselin: Thank you, Madam Chairman. In the course of the hearings that have been held here before this Committee on this Bill, I have worried a great deal about the fundamental rights of the accused. That may be a professional bias, because in my youth I was a country lawyer and I often had to plead before juries on behalf of people accused of crimes. My view is—and I want to know if I'm right—there are so many contradictions on the subject of the fundamental rights of the accused, rights that are denied in this Bill, that I don't think I would have trouble getting an acquittal the way I used to in the past. Am I mistaken?

Mr. Fortin: Madam Chairman, Honourable Senators, this question is fundamental.

Senator Asselin: Yes indeed, it is a fundamental question. We're here to protect the rights of the accused as much as the rights of the Crown.

Mr. Fortin: The question is fundamental. Naturally it's difficult for me to prophesy, to say "what if" the Bill were adopted as it stands. There are possible scenarios and hypotheses, of which the most likely is this: the rights that have traditionally been extended to the accused by the rules of evidence are one aspect of a free and democratic society such as we have always known hitherto. They form part of the concept of fundamental justice that is recognized in section 1 of the Charter. All the provisions of the Evidence Act that introduce restrictions on rights which an accused person currently enjoys would for that reason probably be attacked on the basis of their constitutionality, the legal rights and guarantees set forth in the Constitution. So it may be that the concept of fundamental justice will be safeguarded by the courts, because they are imbued with these principles. But even if the risks to the rights of the accused are minimal, is it worth it to open the door to legal battles triggered by texts that contain contradictions or uncertainties on such fundamental questions as these? You can imagine the confusion and uncertainty that would result. It would take jurisprudence years for the dust to settle, if I may put it like that, and we found ourselves back in the system hallowed by tradition.

M. Fortier: Puisque vous venez d'entendre un universitaire, il serait peut-être intéressant d'écouter maintenant un praticien qui est quotidiennement dans le feu de l'action, tout comme vous l'étiez, sénateur Asselin, il n'y a pas si longtemps. Monsieur Rosenberg, le sénateur Asselin voulait savoir s'il serait plus difficile de faire en sorte qu'un accusé soit déclaré non coupable, en admettant que le projet de loi S-33 soit

[Text]

Mr. Rosenberg: That is a difficult question to answer in the abstract but you can pinpoint, as we tried to do in the paper, certain provisions of the bill which appear to take away some rights that the accused have, such as, shift the burden of proof around and that, of course, would make it more difficult for the accused to be found not guilty. He has a right to be found not guilty if there is a reasonable doubt as to his guilt. Anything that infringes on that means that you are going to have an accused person who, even though the trier of fact is not sure that he is guilty, nevertheless is going to be found guilty. That is a concrete example. There are other provisions whereby there is a slight improvement in this bill, but when you are revising the law of evidence it is fair that you should ask the drafters and Parliament to go as far as possible to make it as fair as possible. That is why I highlighted the problem of the accused's criminal record. In Canada we have a dismal record of accused person being afraid to take the stand because they are concerned that their criminal records will get before the jury, be misused by the jury and prejudice their defence. Here was an opportunity to make it fairer for the accused, but what has happened is that they have, in my view, muddled the attempt and not made it any fairer, or made but a slight improvement. I hope that answers the question.

Le sénateur Asselin: J'ai de nombreuses autres questions, mais étant donné que je dois partir . . . I am going to leave my other questions to you, Senator Godfrey, and to others who can ask them.

Il y a une chose que je dois dire. Nous allons lire la brique que vous nous avez donnée. Malheureusement, je n'ai pas eu le temps de la lire cette nuit. Nous allons la relire et j'ai l'impression que votre témoignage surement influer sur le jugement que nous allons rendre quant à la validité ou l'adoption du projet de loi en question.

I am sorry to have to leave the committee, but I have to go now.

Le sénateur Deschatelets: Est-ce que je peux poser des questions, maintenant?

Le président: Non, c'est à M. Tremblay de répondre, maintenant.

M. Tremblay: Je sais que la journée a été particulièrement longue et je n'ai pas l'intention de m'étendre; surtout que de votre côté, c'est la deuxième fois que vous avez à subir ce martyre. J'essaierai de me limiter le plus possible. C'est d'autant plus facile que j'ai été fort heureux d'apprendre que le bâtonnier vient de lui-même ajouter du poids par sa représentation, à l'ensemble des avocats du Québec.

J'ai eu à présider la formation de comités conjoints tout de suite après la présentation de notre mémoire qui était tout court, d'ailleurs, au cours du mois de mars et nous avons évidemment été beaucoup plus loin et entre autres, pour confirmer la portée que nous voyions à l'article 3, nous avons fait appel, comme je l'ai dit, à des personnes ont la compétence

[Traduction]

adopté dans sa forme actuelle. Je résume sa question de mon mieux.

M. Rosenberg: C'est une question à laquelle il est difficile de répondre dans l'abstrait, mais vous pouvez mettre le doigt, comme nous avons tenté de le faire dans le mémoire, sur certaines dispositions du projet de loi qui semblent supprimer certains droits dont jouit l'accusé, par exemple en déplaçant le fardeau de la preuve; bien entendu, il serait alors plus difficile à l'accusé d'être reconnu non coupable. Il a le droit d'être reconnu non coupable s'il existe un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Si quoi que ce soit empiète sur ce droit, l'accusé sera reconnu coupable même si le juge des faits n'est pas certain qu'il le soit. C'est un exemple concret. Il existe d'autres dispositions qui améliorent légèrement le projet de loi; mais lorsque vous révisiez le droit de la preuve, il est juste que vous demandiez aux rédacteurs et au Parlement de faire tout en leur pouvoir pour qu'il soit le plus juste possible. C'est pourquoi j'ai mis en lumière le problème du casier judiciaire de l'accusé. Au Canada, nous avons un sombre dossier d'accusés qui n'osent pas témoigner devant un tribunal, car ils craignent que leur casier judiciaire soit mis à la disposition du jury, que celui-ci en fasse un mauvais emploi et que leur casier nuise à leur défense. Nous avons ici la possibilité de rendre la loi plus juste pour l'accusé; mais ce qui est arrivé, à mon avis, c'est qu'ils ont brouillé les cartes et ne l'ont pas rendue vraiment plus juste, ou alors ils n'y ont apporté qu'une légère amélioration. J'espère que cela répond à la question.

Senator Asselin: I have a lot of other questions, but since I have to leave . . . Je vais laisser le soin de poser mes autres questions au sénateur Godfrey et à d'autres députés.

There is one thing I must say. We're going to read the tome you've given us. Unfortunately I won't have the time to read it tonight. We'll re-read it, and I have the impression that your testimony is going to have a strong influence on the opinion we reach as to the validity or acceptability of this Bill.

Je regrette de devoir quitter le Comité, mais je suis obligé de m'absenter.

Senator Deschatelets: May I ask some questions now?

The Chairman: No, it's Mr. Tremblay's turn to answer.

Mr. Tremblay: I know the day has been a particularly long one and I don't intend to go on and on, especially since for you this is the second time you're had to endure this. I'll try to be as brief as possible, which will be quite easy, since I was happy to learn that in his presentation the Bâtonnier has just put his weight into the scales on the side of the advocates of Quebec.

I presided over the formation of the joint committees immediately after the presentation of our brief, which was indeed brief, in March, and we have obviously gone much further, and among other things, to confirm the scope that we say in section 3 we called upon, as I mentioned, people of indisputable competence, and without bearing any ill-will

[Text]

ne fait aucunement l'ombre d'un doute, et sans aucune méchanceté pour nos collègues de formation de common law au ministère de la Justice, je les invite à lire entre autres, et il est malheureusement non traduit, le texte que le professeur Ducharme a préparé pour nos fins et que nous avons ici aujourd'hui.

L'aspect qui nous frappe—j'en ai parlé d'ailleurs à Me Sopinka qui a malheureusement dû partir plus tôt—c'est qu'on a au Québec un code de la preuve, c'est-à-dire un Code civil; si vous regardez les travaux de l'Office de révision du Code civil auquel a fait allusion le bâtonnier Lebel, vous voyez un projet de réforme du chapitre sur la preuve. Ce projet est écrit dans une langue simple, limpide et absolument conforme au génie latin qui préside à l'élaboration et à la pratique journalière du droit dans la province de Québec et qui est je pense un enrichissement culturel pour le Québec et pour le Canada. Nous avons d'ailleurs mentionné que la Commission de la réforme du droit elle-même, à l'intérieur de son mandat établi par le législateur, devait s'assurer de maintenir cette dualité juridique.

Nous nous retrouvons devant un texte où sont mêlés ensemble les principes de droit criminel et les principes de droit civil. Il en résulte un outil de travail—parce qu'un code de la preuve en est un que l'on utilise tous les jours devant les tribunaux, avec le résultat que l'outil de travail que nous avons pour nous, civilistes, pratiquant au Québec, est rempli de notions qui n'ont aucune espèce de résonance et aucune espèce de signification en droit civil.

Au Québec, où il n'y a plus de procès devant jury au civil depuis belle lurette, entendre parler de «trier of the facts», et «instructions from the trier of the law to the trier of the facts», ça n'a aucune espèce de signification. C'est un texte lourd et j'invite les membres du comité et les gens du ministère de la Justice à lire comment, en matière civile, il y a eu moyen de faire des textes courts pour la rédaction d'un code, susceptible de servir d'outil de travail dans la province de Québec. Mais si on est obligé, lorsqu'on fait à la fois du droit criminel et du droit civil, d'inclure la présomption d'innocence, la preuve circonstancielle et les instructions spécifiques en matière de déclarations spontanées etc., etc., une attaque, et je n'utilise pas ce mot là dans un terme péjoratif, mais ça devient un accroc à l'intégrité du droit civil du Québec, qui a toujours servi les fins pour lesquelles il a été conçu, que ce soit comme je disais la dernière fois, en matière fédérale civile ou en matière provinciale.

On vous répète souvent, à vous les membres des deux Chambres comme on le dit d'ailleurs à Québec, que l'abus de législation, ce n'est pas bon. On appelle ça «mischief rule». On doit adopter une législation...

Le sénateur Deschatelets:... qui répond aux besoins.

M. Tremblay: Qui répond aux besoins, oui. Je peux vous dire qu'il n'y a pas de clameur populaire, demandant au fédéral de réviser le droit de la preuve en matière civile. C'est pour ça que l'une de nos recommandations, sur lesquelles je vais revenir tantôt, c'est de ramener le projet dans sa forme actuelle, parce qu'on ne peut pas le bonifier dans le contexte, et je vous répète cela parce que les dispositions sont imbriquées

[Traduction]

toward our colleagues at the Department of Justice who were trained in the common law tradition I would invite them to read, among other items—unfortunately it hasn't been translated—the text prepared for us by Professor Ducharme, which we have here with us today.

The aspect that strikes us—I have discussed this with Mr. Sopinka, who unfortunately had to leave earlier—is that in Quebec we have an evidence code, that is, the Civil Code; if you look at the work of the Office de révision du Code civil, to which Mr. Lebel referred, you will see a proposed reform regarding evidence. This proposal is written in simple, clear language^c that corresponds perfectly to the Latin spirit that presides over drafting and the daily practice of law in the Province of Quebec and is, in my view, a cultural enrichment for Quebec and for Canada. We also said that the Law Reform Commission itself, within the framework of the mandate established by the legislator, ought to see that this legal duality is maintained.

We find ourselves faced with a text in which the principles of criminal law and the principles of civil law are mixed together. The result is a working tool—because that's what an evidence code is, a working tool, and one that we use every day before the courts—the result is that the working tool available to those of us who were trained in the civil law tradition and who work in Quebec, is full of concepts that evoke nothing and have no significance in civil law.

In Quebec, where in civil cases we haven't had trial by jury in civil cases for ages, talk of “trier of the facts” and “instructions from the trier of the law to the trier of the facts” is meaningless. The text is heavy going and I would invite the members of the Committee and the staff of the Department of Justice to read how in civil cases there was a way to make short texts for the drafting of a code that could be used as a working tool in the Province of Quebec. But if we are obliged, when we do both criminal and civil law at the same time, to include the presumption of innocence, circumstantial evidence and the specific instructions on voluntary statements and so on and so forth, an attack—and I'm not using the word in a pejorative sense, but it becomes a problem for the integrity of civil law in Quebec, which has always served the purposes for which it was designed, in federal civil cases or in provincial cases.

You Members of both Houses must often have been told, as we are in Quebec, that an abuse of legislation is not good. This is known as the “mischief rule”. Legislation must be passed...

Senator Deschatelets: Which meets a need.

Mr. Tremblay: Which meets a need, yes. I can assure you, there's no popular clamour for the federal government to revise the rules of evidence in civil cases. That is why one of our recommendations, to which I shall return in a moment, is that the Bill in its present form be withdrawn, because it is impossible to improve it in the context, and I repeat that to you because the provisions are so closely woven into one

[Text]

les unes dans les autres avec le résultat qu'il faut, avoir un premier principe qui dit que le présent texte ne s'applique qu'en matière criminelle seulement et à partir de là, on doit démêler ce qu'il y a dans le projet qui s'adresse au droit ou à la preuve en matière civile et à la preuve en matière criminelle.

Lorsque nous avons préparé ce mémoire, nous avons indiqué au mois de mars, et nous le réitérons encore aujourd'hui, qu'il est essentiel de jeter un regard beaucoup plus profond sur l'impact en droit civil. Personnellement, à titre de juriste de la province de Québec, j'aimerais poursuivre ce processus de consultation. La Commission de réforme du droit elle-même s'était rendu compte du problème car dans son rapport sur la preuve qui date de 1975 si mon souvenir est exact, disait bien ceci, à la page 36 et je cite:

Le Code ne gouvernera pas des domaines de compétence fédérale comme le divorce et les brevets d'invention, les lettres de change, etc. En effet, exception faite des problèmes posés par la détermination des limites constitutionnelles dans les affaires évoquées devant les tribunaux provinciaux, la cour doit souvent traiter de l'une ou de l'autre des questions comme ce qu'elle a fait avec les problèmes qui relèvent de la compétence exclusive des provinces. Ainsi, un individu peut dans une seule et même action invoquer un recours contractuel et un recours prévu par la loi des lettres de change. Pour éviter la possibilité qu'un groupe de règles de preuve provincial et/un groupe de règle de preuve fédéral s'applique à la même action, le Code...

et c'était à l'époque le premier projet de loi de la preuve fédérale,

... le Code ne régiera pas ces instances.

Je pense qu'il faut revenir à la sagesse qu'avait manifesté à l'époque la Commission de réforme du droit. Ceci m'amène, à un autre aspect extrêmement important qui va être traité par M^e Guthrie, à la recommandation que l'on trouve à la page 47: recommandation n^o 1: que le projet de loi sous sa forme actuelle soit retiré; recommandation n^o 2: qu'une consultation générale soit organisée dans les meilleurs délais et que l'Association du Barreau canadien en fasse un des thèmes majeurs. Cela ne concerne peut-être pas officiellement à proprement dit le Sénat, mais je dis que l'Association du Barreau canadien, dans un mémoire adressé aux deux bâtonniers le mentionne, comme vous le voyez. C'est un congrès qui s'en vient au mois d'août; j'aimerais bien en profiter pour en faire un débat au sein de la profession.

Troisièmement, qu'une consultation plus spécifique soit organisée auprès des juristes du Québec, pour obtenir leurs vues quant aux effets qu'une législation générale pourrait avoir dans les procédures sur la pratique du droit au Québec.

Quatrièmement, la recommandation dont parlait M^e Fortin, à savoir la diminution des droits de l'accusé et, cinq, finalement, le texte français. Sur le texte français, en toute justice pour mon bon ami M^e Bertrand, qui malheureusement est absent aujourd'hui—j'aurais bien aimé qu'il soit ici présent—il a, et je sais qu'il est en train de travailler sur un texte français qui me semble meilleur que celui qui est là, mais il est quand même encore largement insuffisant et je pense que je peux

[Traduction]

another that what is needed is a preliminary principle that states that the text applies only in criminal cases, and on that basis anything in it that deals with civil law or evidence should be disentangled from anything that deals with evidence in criminal cases.

When we prepared this brief, we indicated back in March and we repeat today, that it is essential to study in much greater depth the impact on civil law. Personally, as a Quebec jurist, I would like to continue the process of consultation. The Law Reform Commission itself was aware of the problem, because in its Report on Evidence, which dates back to 1975 if my memory serves me, it said, regarding section 86, and I quote:

The Code has not been extended to such matters of federal jurisdiction as divorce, patents, bills of exchange and so on, because, apart from problems of determining constitutional boundaries in cases arising before provincial courts, these matters must frequently be dealt with in conjunction with matters over which the provinces have exclusive jurisdiction. For example, a person may in the same action seek both a contractual remedy and one under the *Bills of Exchange Act*. To avoid the possibility of two sets of evidence rules, federal and provincial, applying in the same action, the Code—

and this was at the time of the first federal evidence bill—

the Code was not made applicable to these proceedings.

I think we have to go back to the good sense that was shown at that time by the Law Reform Commission. This leads me to another extremely important aspect, which is going to be dealt with by Mr. Guthrie, the recommendation you will find on page 32: Recommendation One, That the Bill in its present form be withdrawn; Recommendation Two, That a general consultation with Canadian legal experts be organized as soon as possible, and that the Canadian Bar Association make this one of the major themes of its next congress. This perhaps doesn't concern the Senate officially, properly speaking, but I would like to say that the Canadian Bar Association mentions it in a brief to the two Bâtonniers, as you can see. The congress takes place in August, and I would like to take advantage of it to conduct a debate within the profession.

Three, That a more specific consultation be organized with Quebec legal experts, to obtain their views as to the effects that general legislation on evidence in civil proceedings could have on the practice of law in Quebec.

Four, and this is the recommendation Mr. Fortin was talking about, the reduction of the rights of the accused, and Five, the French text. On the subject of the French text, in all fairness to my good friend Mr. Bertrand, who unfortunately could not be with us today—I wish he were here—he has, and I know that he's in the process of working on a French text that seems to me to be better than the one we have here, but it is still largely inadequate nonetheless and I think I can tell you

[Text]

vous dire pourquoi. C'est qu'il dénote toujours la même mentalité dont vous a parlé le juge Pigeon quand il était venu devant vous, à savoir le refus d'utiliser une expression nouvelle et pour utiliser son exemple, pour décrire un éléphant en Inuit, parce qu'il n'y a pas d'éléphants dans le Grand Nord—c'est la même chose. Le droit civil en français, s'il n'y a pas d'expression en France comme preuve circonstancielle, appelons un éléphant par son nom, et appelons «preuve circonstancielle» de la preuve circonstancielle au Canada. Le doute raisonnable, c'est la même chose.

Alors, c'est dans ce contexte, et là-dessus encore une fois, dans la foulée de ce qu'a dit mon bâtonnier, je pense que nous sommes prêts, le Barreau du Québec, à offrir notre collaboration la plus entière. Je pense que ce serait extrêmement plus utile avant que cela n'atteigne la forme de projet de loi comme celui que nous avons devant nous, où on est obligé de faire des commentaires en public, ce qui blesse peut-être certaines gens qui ont travaillé très fort—et, nous invitons fortement les personnes au ministère de la Justice à nous soumettre leur avant-projet, avant qu'il n'atteigne le stade où il est maintenant. J'aurais beaucoup plus à dire, mais il est déjà tard et je vous remercie beaucoup de votre attention.

Le sénateur Deschatelets: Maître Tremblay, dans votre première recommandation, vous dites que vous aimeriez que l'on retire ce projet de loi.

M. Tremblay: Oui, sénateur.

Le sénateur Deschatelets: Vous dites aussi que vous aimeriez avoir un délai pour creuser de plus en plus, peut-être rencontrer les fonctionnaires du ministère de la Justice et essayer de couper les coins et le reste. Mais si ce projet était déposé sur la tablette pendant quelque temps, disons six mois, est-ce que l'effet serait le même?

M. Tremblay: Je pense que si l'on se donnait tous ensemble un peu de «breathing space», vous parlez de six mois, cela me semble un délai plus raisonnable qu'un mois, mais un an serait encore mieux. Cependant, je pense qu'un délai de six mois nous permettrait de redistribuer à l'ensemble de la profession le projet de loi ainsi que notre mémoire à l'ensemble de la profession et de consulter nos membres de façon à ce que l'on puisse faire part de nos commentaires au ministère de la Justice avant que cela atteigne le stade que le présent projet S-33 avait atteint. Mais je ne sais pas si le comité...

Le président: Merci, M^e Tremblay. Honourable senators, I believe we have one further witness.

Mr. Fortier: Yes, but perhaps you would prefer not to hear him.

The Chairman: Mr. Guthrie has been patient all this time, and I think we should hear him.

Mr. Fortier: I am grateful to you, Madam Chairman. Mr. Guthrie has travelled from Montreal. He is an expert in the domain and has been a longstanding and active member of the Law, Science and Technology Committee of the Canadian Bar Association. He told me at noon that he could expound the views of his committee on Bill S-33 in 10 or 15 minutes.

[Traduction]

why. It's because it still displays the same mentality that Mr. Justice Pigeon spoke to you about when he appeared before you, that is, the refusal to use a new expression—to borrow his example, to describe an elephant in the language of the Inuit, you need a new expression, because there are no elephants in the High Arctic—it's the same thing. In French civil law, if there's no such thing in France as “preuve circonstancielle”, in Canada let's call an elephant an elephant and call “circumstantial evidence” “preuve circonstancielle”. The same applies to “reasonable doubt”.

So in this context, and in the same vein as the Bâtonnier, I think that we, the Bar of Quebec, are ready to offer our whole-hearted co-operation. I think it would be much more useful before a proposal reaches the stage of a Bill like the one we have before us, where we have to get up and make comments in public that may perhaps hurt people who have worked very hard on it—we urge the people at the Department of Justice to let us study their draft Bill, before it gets to the stage it has reached now. I could say a lot more, but it's already late and I thank you for your attention.

Senator Deschatelets: Mr. Tremblay, in your first recommendation you say you would like the Bill to be withdrawn.

Mr. Tremblay: Yes.

Senator Deschatelets: You also say you would like more time to consider the matter in greater depth, perhaps to meet with officials of the Department of Justice and try to untangle things and so on. What if the Bill were put on a back burner for a while, say six months, would the effect be the same?

Mr. Tremblay: I think that if we all had a bit of breathing space—you spoke of six months, which seems to me to be more reasonable than one month, but a year would be even better. Nonetheless, I think that a six-month delay would enable us to redistribute the Bill to the profession at large, and our brief as well, and to consult our members so that we could pass our comments along to the Department of Justice before it reaches the stage that Bill S-33 has reached. But I don't know if the committee...

The Chairman: Thank you, Mr. Tremblay. Honourables sénateurs, je crois que nous avons un autre témoin à entendre.

M. Fortier: Oui, mais peut-être préféreriez-vous ne pas l'entendre.

Le président: Puisque M. Guthrie a patienté pendant tout ce temps, je pense que nous devrions l'entendre.

M. Fortier: Je vous suis reconnaissant, madame le président. M. Guthrie s'est déplacé de Montréal. C'est un expert dans le domaine, qui est depuis longtemps membre actif du Comité sur le droit, la science et la technologie de l'Association du Barreau canadien. Il m'a dit ce midi qu'il pourrait exposer en dix ou quinze minutes les vues de son comité sur le projet de loi S-33.

[Text]

Mr. Derek Guthrie, Member of the Law, Science and Technology Committee, Canadian Bar Association: Madam Chairman and honourable senators, I am happy to say that I do not believe that the definition of a computer, which does not even appear in Bill S-33, would be a problem either under common law or under civil law; and if it were, it would be the same problem.

My remarks will be brief and will be limited to an area rather specialized and highly technical. I suggest that honourable senators refer strictly to the definition of "record" in clause 2, the "Interpretation" clause 130 and the "Business and Government Records" clause 152 to 158. That is the area about which I shall have something to say.

First, I do not believe, and neither does the Law, Science and Technology Committee, that our present court system and our present system of evidence cannot handle any of the evidentiary problems that we are running into today with computer printouts, or whatever other word we choose to apply to computer generated business records. The problem has not been the ability of our existing law to handle the matter, but the problem, like everything else related to computer matters, is the volume and speed with which these kinds of difficulties arise, including the number of times that commercial enterprises and financial institutions are now called upon to produce computer generated records. So we want to make it clear that we do not believe that any special status should be given to computer generated records *per se*. What we feel should be brought to the attention of honourable senators are perhaps two basic principles with respect to the criteria for admissibility of computer generated business records.

Honourable senators have heard several days of testimony from other bodies, such as the Canadian Bankers' Association. Our committee has reviewed that testimony and thereof we shall not repeat it. However, with respect to admissibility, it has been suggested that financial institutions, if not all businesses, as presently defined in Bill S-33 should be permitted under certain circumstances to introduce their computer generated records with certain exceptions, which would perhaps prohibit or limit cross examination of the party who presented the records.

The idea that we would like to put across is that historically financial institutions, with respect to the presentation of their business records, have had a status of their own, and we do not suggest that that status should change. However, when it comes to computer generated evidence, all of us are about to enter, or have already entered, an era where what we knew about computer evidence 10 years ago may go out of the window in the next two or three years. In saying that, I mean that most computer generated business records that have worked their way into the court system over the past 10 years came from extremely large and complex computer systems, where usually there were three, five, ten or hundreds of people who had some aspect of feeding, storing, processing and

[Traduction]

M. Derek Guthrie, membre du comité sur le droit, la science et la technologie (Association du Barreau canadien): Madame le président, honorables sénateurs, je suis heureux de dire que je ne crois pas que la définition d'ordinateur, qui ne figure même pas dans le projet de loi S-33, poserait un problème, qu'il s'agisse de *common law* ou de droit civil; et si cela en posait un, le problème, ce serait le même.

Mes observations seront brèves et se limiteront à un domaine plutôt spécialisé et hautement technique. Je propose que les honorables sénateurs se reportent strictement à la définition de «document» donnée à l'article 2, à l'article 130 sous la rubrique «Définitions» et aux articles 152 à 158 sous la rubrique «Documents des secteurs public ou privé». C'est le sujet dont je voudrais vous entretenir.

Tout d'abord, ni le Comité sur le droit, la science et la technologie, ni moi-même, ne croyons que notre système judiciaire et notre régime de la preuve actuels ne puissent pas affronter quelque problème de preuve auquel nous puissions nous heurter aujourd'hui à cause des imprimés d'ordinateur, si c'est le terme que nous décidions d'employer en parlant de documents professionnels établis par ordinateur. Le problème, ce n'est pas que le droit existant ne permet pas de régler la question; comme tout ce qui concerne les questions d'informatique, le problème, c'est le volume de documents et la rapidité avec laquelle ce genre de difficultés surgissent, y compris le nombre de fois que des entreprises commerciales et des institutions financières sont appelées aujourd'hui à produire des documents établis par ordinateur. Nous désirons donc qu'il soit clairement établi que nous ne croyons pas qu'il faudrait accorder un statut spécial aux documents établis par ordinateur. A notre avis, ce qu'il faudrait signaler aux honorables sénateurs, ce sont deux principes fondamentaux qui concernent les critères de recevabilité de ces documents.

Les honorables sénateurs ont entendu pendant plusieurs jours les témoignages d'autres organismes, comme, l'Association des banquiers canadiens. Notre comité a examiné son témoignage; il ne le reprendra donc pas. Toutefois, en ce qui concerne la recevabilité, on a laissé entendre que les institutions financières, sinon toutes les entreprises définies actuellement dans la projet de loi S-33, devraient avoir la permission, dans certains cas, de présenter leurs documents établis par ordinateur, sauf quelques exceptions, ce qui empêcherait peut-être dans une certaine mesure de contre-interroger la partie qui les a présentés.

L'idée que nous voulons transmettre, c'est que, de tout temps, les institutions financières ont possédé un statut particulier en ce qui concerne la présentation de leurs documents professionnels; et nous ne laissons pas entendre que ce statut aurait changé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de preuves émanant d'ordinateurs, nous sommes tous sur le point d'entrer, si ce n'est déjà fait, dans une ère où les connaissances que nous possédions il y a dix ans au sujet de la preuve informatisée seront peut-être dépassées dans les deux ou trois prochaines années. Je veux dire par là que la plupart des documents professionnels établis par ordinateur qui ont circulé dans le système judiciaire pendant les dix dernières années provenaient de systèmes informatiques extrêmement imposants et com-

[Text]

withdrawing business records from major systems. There was safety in numbers in terms of the accuracy of the final output of the system. Yes, there were areas for error, mechanical errors, that is true, but most of those mechanical problems have been cured by the advancement of technology in the last few years.

We are now entering the stage where many of us may have micro or personal computers. Perhaps many persons in this room may have one, in his or her home or on a desk at work, or, if not, your children may have one, or your children's children may eventually have one. The so-called microcomputers, the personal computers, function in exactly the same manner as the large computers of the chartered banks or large corporate organizations. However, the facility with which a small microcomputer, and the data in it, can be manipulated is extraordinary in comparison with the large systems used by banks and corporations. The difficulty that we see is that if we eliminate or severely limit the normal criteria for presentation of business records to simply filing a computer printout, the reliability and trustworthiness that we have been used to over the last 10 years in large institutions may not be the same, for example, for a small professional or a small businessman, all of which are caught within the present definition of business and business records in Bill S-33. It is very simple for a mini-computer to produce a printout. The program and even the storage method can be changed overnight. So we feel that somewhere in the redrafting of Bill S-33 there should perhaps be a method of segregating or differentiating business records coming from large complex computer systems as opposed to business records coming from a \$3000 or \$10,000 small personal computer which can be fed, programmed and changed overnight. It is not the computer or the printout that causes the problem it is human—and I will not use the phrase "human error"—ingenuity that is capable of producing a printout which might or might not reflect what was in the memory of that particular computer at the time.

The second basic principle that we would like to suggest again involves business records of financial institutions and large corporations. It is one thing to suggest that those financial institutions and business corporations should have special rules with respect to the introduction of their computer system printouts when, in fact, the reason for having to produce the printouts is because one or more parties, who have absolutely no interest with respect to the bank or institution have merely subpoenaed, for example, a computer printout of a bank account. The bank has no interest. It does not know the party who subpoenaed them and could not care less. In those situations we appreciate and support the position taken by the Canadian Bankers' Association in that they feel that it should

[Traduction]

plexes, et que, habituellement, trois, cinq, dix ou cent personnes étaient chargées d'alimenter, de stocker ou de traiter les documents professionnels, ou de les extraire des principaux systèmes. Le nombre d'intervenants garantissait dans une certaine mesure la précision de ce qui sortait finalement du système. Il est vrai que des erreurs d'ordre mécanique n'étaient pas absentes, mais la plupart de ces problèmes ont été réglés grâce aux progrès de la technologie réalisés ces dernières années.

Nous en sommes actuellement à l'étape où bon nombre d'entre nous possèdent peut-être des micro-ordinateurs ou des ordinateurs individuels. Il se peut que plusieurs personnes dans cette salle en possèdent un, soit chez elles, soit sur leur bureau; sinon, peut-être que leurs enfants en possèdent un ou que leurs petits-enfants en posséderont un plus tard. Ce qu'on appelle les micro-ordinateurs, ou ordinateurs individuels, fonctionnent exactement de la même façon que les gros ordinateurs des banques à charte ou des grandes sociétés. Toutefois, la facilité avec laquelle un micro-ordinateur et les données qui y sont enregistrées peuvent être manipulés est extraordinaire comparativement aux gros systèmes qu'utilisent les banques et les sociétés. La difficulté que nous entrevoyons, c'est que, si nous éliminons les critères habituels de présentation de documents professionnels, ou si nous les limitons sévèrement de sorte qu'il suffise de présenter un imprimé d'ordinateur, la fiabilité et la véracité auxquelles nous avons été habitués au cours des dix dernières années chez les grosses institutions ne seront peut-être pas les mêmes, par exemple, chez un professionnel ou un homme d'affaires d'une petite entreprise, qui sont tous visés par la définition «d'activité» et de «documents professionnels» donnée actuellement dans le projet de loi S-33. Il est très simple d'établir un imprimé à l'aide d'un mini-ordinateur. Le programme, voire la méthode de stockage, peut être modifié en une nuit. Nous sommes donc d'avis que, dans la reformulation du projet de loi S-33, il faudrait peut-être prévoir une méthode permettant d'établir une distinction entre les documents professionnels émanant de gros systèmes informatiques complexes et les documents professionnels provenant d'un petit ordinateur individuel de 3 000 \$ ou 10 000 \$, qui peut être alimenté, programmé et modifié en une nuit. Ce n'est pas l'ordinateur ou l'imprimé qui cause des problèmes; c'est l'ingéniosité humaine—je n'emploierai pas l'expression «erreur humaine»—qui permet de produire un imprimé qui peut refléter ou non les données enregistrées dans la mémoire de ce même ordinateur à un moment donné.

Le second principe fondamental dont nous voudrions parler concerne aussi les documents professionnels d'institutions financières et de grosses sociétés. C'est une chose de suggérer que ces institutions financières et ces sociétés commerciales disposent de règles spéciales pour la présentation de leurs imprimés d'ordinateur, lorsque, à vrai dire, elles doivent les présenter parce qu'une ou plusieurs parties, qui ne manifestent absolument aucun intérêt pour la banque ou l'institution, ont tout simplement cité cette dernière à comparaître, lui enjoignant de produire, par exemple, un imprimé d'ordinateur d'un compte bancaire. La banque n'a aucun intérêt dans l'affaire. Elle ne connaît pas la partie qui l'a citée à comparaître, et peu lui importe. Dans ces situations, nous comprenons et appuyons

[Text]

not be necessary that a person or persons from the bank or any other large institution should have to appear in court and go through a complete method of procedure to allow printouts to be admitted.

However, we feel that the situation changes when you have an adversarial situation. Let us make the example simple. Let us take a situation where two banks are litigating over a substantial sum of money involving millions of dollars—Bank I versus Bank II. Subpoenas have gone out and it is relevant to have the record or records of a particular bank or a portion of that bank's operations submitted. To simply allow the printout of that particular bank record in, I think, might cause some interesting questions to be asked by the other bank. What we are trying to say is that in an adversarial situation we do not feel we should have the same simplification of the rules of the production of computer printout evidence.

I have just made two general comments. I would like to make briefly two or three specific but rather technical comments which I hope will aid in the redrafting of Bill S-33. I refer you to the definition of "record" which appears in clause 2 of the bill. It seems to go part way and then stops with respect to expanding what we all know as a book, a writing or a document. It goes on and refers to a card, a tape and stops there. We think that if it was going to start to give examples of these rather esoteric methods of recording information it should have gone on and used disc, drum, chip, you name it. But then the definition comes back and says, "or other thing on, in or by means of which data or information is written, recorded, stored or reproduced;" We feel that it is unwise to start an enumeration of the various surfaces or objects upon which data can be stored unless you are going to be complete. We feel that the definition of "record" should be made more general without referring to specific objects. A suggested definition for "record" was given by my colleague, Mr. Charles MacIntosh, before a hearing of the House of Commons Sub-committee on Computer Crime on June 8, 1983. We support this definition, which is found at page 16:11 of the *Minutes of Proceedings* of the committee. It reads:

"Record" means any information set down in handwriting, drawing, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other manner of setting down information for the purpose of data compilation and storage, and includes a printout from a computer of similar device in a form which may be understood whether the printout is the result of a process of data retrieval or a replica of data stored.

The method of recording is referring to in the definition but not the surface or the substance.

The second technical point is with regard to clause 130 of Bill S-33, which deals with the definitions of "duplicate" and

[Traduction]

la position adoptée par l'Association des banquiers canadiens, qui estime qu'un ou plusieurs représentants de la banque ou de toute autre grosse institution ne devraient pas être tenus de comparaître devant un tribunal et de subir toutes les formalités afin que des imprimés soient admis en preuve.

Cependant, nous sommes d'avis que la situation n'est pas la même lorsque deux parties s'opposent l'une à l'autre. Prenons un exemple simple. Admettons que deux banques—la banque I et la banque II—contestent une somme d'argent totalisant plusieurs millions de dollars. Des citations à comparaître leur ont été envoyées, et il convient que des registres de l'une d'elles ou d'une partie de ses activités soient présentés. Si l'on admettait simplement l'imprimé du registre de cette banque. Je pense que l'autre banque pourrait alors être en mesure de poser certaines questions intéressantes. Là où nous voulons en venir, c'est que nous ne pensons pas que les règles de production d'imprimés d'ordinateur en preuve devraient être aussi simples dans ce cas.

Je viens de formuler deux observations générales. Je voudrais faire brièvement deux ou trois observations précises, mais plutôt techniques qui, je l'espère, aideront à reformuler le projet de loi S-33. Je vous prie de vous reporter à la définition du terme «document» qui figure à l'article 2 du projet de loi. On semble se rendre à mi-chemin, puis on s'arrête pour parler d'un livre, d'un écrit ou d'un texte, que nous connaissons tous. On fait ensuite allusion à une fiche, une bande et on s'arrête là. Nous pensons que si on avait voulu commencer à donner des exemples de ces méthodes plutôt ésotériques d'enregistrement de l'information, on aurait dû poursuivre et mentionner les termes «disque», «tambour», «microplaquette», et quoi encore. Mais on reprend la définition ainsi: «ou de tout autre objet comportant des éléments d'information ou constituant leur support ou le moyen de leur inscription, enregistrement, stockage ou reproduction». Nous sommes d'avis qu'il n'est pas bon de commencer à énumérer les divers objets ou surfaces sur lesquels des données peuvent être stockées, à moins que cette énumération ne soit complète. Nous pensons que la définition du terme «documents» devrait être plus générale et ne pas citer des objets précis. Un de mes collègues, M. Charles MacIntosh, a suggéré une définition de ce terme au cours d'un témoignage présenté le 8 juin 1983 devant le Sous-comité de la Chambre des communes sur les infractions relatives aux ordinateurs. Nous souscrivons à cette définition, qui figure à la page 16:11 des *Procès-verbaux* du Comité. Elle se lit ainsi:

«Dossier» signifie toute information consignée par écrit, par dessin, par dactylographie, par impression, par photocopie, par photographie, par impulsion magnétique, par enregistrement mécanique ou électronique, ou par tout autre moyen utilisé pour compiler et emmagasiner des informations, et cela inclut également les imprimés d'ordinateur, ou tout dispositif similaire, que cet imprimé soit l'aboutissement d'un exercice de repérage ou de duplication des données emmagasinées.

Dans la définition, on fait allusion à la méthode d'enregistrement, mais non pas à la surface ou à la substance utilisée.

Le deuxième point technique que je désire souligner porte sur l'article 130 du projet de loi S-33, qui définit les termes

[Text]

“original”. We see certain difficulties because the words are used rather indiscriminately. Words such as “duplicate”, “reproduction”, and “facsimile” are found in clause 130. A few clauses further on, in clause 156, we find the expression “duplicate or copy”. It seems to us that words such as “duplicate”, “copy”, “reproduction”, and “facsimile” when used indiscriminately may create problems of interpretation for the lawyers and the judges. We feel that the use of possibly one or, at the most, two expressions—whether it be “duplicate”, “copy”, “reproduction” or “facsimile” would be wise. This will be found throughout.

The third technical point that we would like to raise is with respect to the definition of “duplicate” in clause 130. We see the expression “means a reproduction” and it goes on until we come to “by chemical reproduction or by other equivalent technique that accurately reproduces the original”. The use of the word “equivalent” is rather puzzling. Does it mean that in the future when some new technology invents a new method for accurately reproducing the original, which is the crucial expression, that new technique must be equivalent to electronic rerecording or chemical reproduction? It seems to us that technology will come up with whatever new devices and methods it will come up with, and it is outside our control and that it does not necessarily have to be made “equivalent to electronic rerecording, mechanical rerecording or chemical reproduction”, if it accurately reproduces the original. So we question the necessity of the word “equivalent”.

Madam Chairman, those are my remarks for this evening, although we would hope that, if there is an opportunity to be involved in redrafting, members of my committee will be involved.

The Chairman: I can tell you that we have received testimony from the Canadian Payments Association on these points and that tomorrow we will hear from the Association of Records Managers and Administrators who, I am sure, will be raising some of the same concerns you expressed today. I am sure that they will be dealt with in the course of the revision.

Senator Godfrey: One of the witnesses mentioned that he hoped it would take no longer than six months. Due to experience in the past, I can assure you that it will be a lot longer than that. I moved second reading of the Trademarks bill in 1979, for example, and it has not yet come back; the Bankruptcy Act was considered by a Senate committee in 1976 and it is not yet passed; I could go on and on. I am quite sure that the department will be examining all of the representations you have made and that it will make a serious effort at consultation.

Some time ago we had a Professor Schiff appear before us. He is against any evidence act at all. What I am really interested in is this, and for the moment I am reflecting only on the view of the *common law provinces* and would like to treat Quebec differently in this regard: provided there is proper drafting of a bill, and so on, is the position of the Canadian Bar Association for against having an evidence act?

[Traduction]

«double» et «original». Nous prévoyons certaines difficultés, car ces termes sont employés plutôt au hasard. On trouve à l'article 130 des termes tels que «double» et «reproduction». Plus loin, à l'article 156, on trouve l'expression «double ou copie». Il nous semble que, lorsqu'ils sont employés au hasard des termes tels que «double», «copie» et «reproduction» risquent de créer des problèmes d'interprétation pour les avocats et les juges. Nous pensons qu'il serait plus judicieux d'employer, dans la mesure du possible, une ou, au plus, deux expressions telles que «double», «copie» ou «reproduction». On les trouvera un peu partout dans le texte.

Le troisième point technique que nous voudrions soulever concerne la définition du terme «double» donnée à l'article 130. Nous y trouvons l'expression «Double provenant», puis nous arrivons plus loin à ceci: «par reproduction chimique ou par un autre procédé équivalent propre à assurer une reproduction fidèle de l'original». L'emploi du terme «équivalent» est plutôt curieux. Cela veut-il dire qu'à l'avenir, lorsque de nouvelles techniques permettront d'inventer une méthode de reproduction fidèle de l'original, qui constitue l'expression cruciale, cette nouvelle méthode devra être équivalente à un enregistrement électronique ou à une reproduction chimique? Il nous semble que, quels que soient les dispositifs et les méthodes que la technologie permettra d'inventer, comme ils sont indépendants de notre volonté, ils ne doivent pas être nécessairement «équivalents à un enregistrement électronique, à un enregistrement mécanique ou à une reproduction chimique» pour assurer une reproduction fidèle de l'original. Nous doutons que le mot «équivalent» soit nécessaire.

Madame le président, c'est tout ce que j'ai à dire ce soir, bien que nous espérons que les membres de mon Comité seront invités à participer à la rédaction d'un nouveau projet de loi, s'il y a lieu.

Le président: Je peux vous dire que nous avons entendu les témoignages de l'Association canadienne des paiements à cet égard et que, demain, nous entendrons ceux des représentants de la *Association of Records Managers and Administrators* qui, j'en suis sûre, évoqueront certaines des préoccupations que vous avez exprimées aujourd'hui. On en tiendra sûrement compte lors de la révision du projet de loi.

Le sénateur Godfrey: Un des témoins a dit espérer que cela ne prendrait pas plus de six mois. Si l'on se fie aux expériences passées, je puis vous assurer que cela prendra beaucoup plus de temps. En 1979, par exemple, j'ai proposé l'adoption en deuxième lecture du projet de loi sur les marques de commerce; il ne nous est pas encore revenu. La Loi sur la faillite a été étudiée par un comité du Sénat en 1976 et elle n'a pas encore été adoptée; je pourrais vous donner d'autres exemples. Je suis sûr que le ministère tiendra compte de toutes vos déclarations et qu'il fera un sérieux effort pour vous consulter.

Le professeur Schiff a comparu devant nous il y a quelque temps. Il s'oppose à toute loi sur la preuve. Je serais curieux de savoir, et pour le moment je ne tiens compte que des provinces qui pratiquent la *common law* car je voudrais que le Québec soit traité différemment, si l'Association du Barreau canadien se prononcera pour ou contre une loi sur la preuve si l'on rédige un projet de loi en bonne et due forme? Quelle est la

[Text]

What is the general position of the common law provinces in this respect?

Mr. Fortier: Senator Godfrey, I cannot say that the CBA speaks with one voice on that question; that is, whether or not there should be a regrouping of all of the provisions having to do with evidentiary matters. I believe I am expressing the view of the common law practitioners faithfully in saying that there appears to be opposition to the codification of the laws of evidence in those provinces. Indeed, I think that the drafters of the legislation themselves have taken heed of that criticism, because we no longer have a proposed code but rather an amendment or series of amendments to evidentiary rules along with the enactment of some new ones. As to whether or not they should all be regrouped, to the extent that it is possible to do so, under one umbrella, I think the majority view of our members is that that would be a welcome development. I stress, however, that pros and cons have been expressed in this respect.

I regret that Mr. Sopinka has had to leave. He had an appointment with the Supreme Court at 5 o'clock and asked me to convey his excuses. He was modest, indeed, when he said that he contributed, along with other counsel, to the writing of a book—he is one of the leading counsel in Canada and is also one of the leading authorities, as Senator Godfrey well knows, on the law of evidence and civil matters. It is unfortunate that he cannot contribute further on this point, but perhaps Mr. Rosenberg would like to comment on the question raised by Senator Godfrey.

Mr. Rosenberg: I have spoken to Professor Schiff several times about Bill S-33 and he has a particular philosophy that the common law should continue to develop and that that is the best way. I think, however, that once it is decided that the Canada Evidence Act as we now have it needs revision, then the exercise that Mr. Tollefson's committee went through must be performed; that is, all of the laws of evidence must be looked at and we are then forced to ask: Can we not improve upon them and rationalize them?

Quite frankly, I disagree with the views of Professor Schiff. Although there are many improvements to be made to Bill S-33, I think that once the task or exercise of revising the Canada Evidence Act is undertaken, it might as well be done. We might as well rationalize the areas.

I have made mention of character evidence. To me, that is a mess, to describe it in one word; it is a very difficult area to deal with. Primarily, I do appellate work, so I am dealing with it all the time in appeals. You cannot sit down and state the rules; you cannot tell someone what is going to happen in a particular case.

I think it is a useful exercise to revise the act, but there are some real problems with the present bill which must be addressed.

Senator Godfrey: Professor Schiff took the position, for example, that *stare decisis* really was not that important these days and that the judges kept on developing and changing it.

[Traduction]

proposition générale des provinces qui pratiquent la common law à cet égard?

M. Fortier: Sénateur Godfrey, je ne peux pas dire que les membres de l'ABC s'entendent sur la question de savoir si toutes les dispositions qui traitent de la preuve devraient être regroupées. Je crois exprimer fidèlement l'opinion des juriconsultes en common law en affirmant que l'on semble s'opposer à la codification des lois de la preuve dans ces provinces. D'ailleurs, je crois que les rédacteurs de la loi ont tenu compte de ces critiques, parce qu'ils n'ont pas proposé un code, mais plutôt un amendement ou une série d'amendements aux règles de la preuve, ainsi que l'adoption de quelques nouvelles règles. Pour ce qui est de savoir si ces règles seront regroupées dans la mesure du possible dans une même loi, je crois que la majorité de nos membres croient qu'il s'agit là d'une bonne idée. Je tiens toutefois à préciser que l'on a déjà exposé les avantages et les désavantages de cette solution.

Je regrette que M. Sopinka ait été obligé de partir. Il avait rendez-vous à la Cour suprême à 17 heures et il m'a demandé de vous transmettre ses excuses. En fait, il s'est montré très modeste lorsqu'il a affirmé avoir rédigé un livre avec d'autres avocats. C'est un des plus grands avocats du Canada et un de nos plus grands experts, comme le sénateur Godfrey le sait, en matière de preuve et de questions civiles. Il est regrettable qu'il ne puisse nous en dire plus long sur ce point, mais M. Rosenberg aurait peut-être un commentaire à faire sur la question soulevée par le sénateur Godfrey.

M. Rosenberg: Je me suis entretenu à plusieurs reprises avec le Professeur Schiff au sujet du projet de loi S-33. Il est d'avis que la common law doit continuer à évoluer et qu'il s'agit là de la meilleure façon d'y arriver. Toutefois, dès que l'on aura décidé que la Loi sur la preuve au Canada, telle qu'elle existe, doit être révisée, il faudra refaire le travail qu'a fait le comité de M. Tollefson; c'est-à-dire que nous devons examiner toutes les lois sur la preuve et nous demander si nous pouvons les améliorer et les rationaliser.

Je dois vous dire en toute honnêteté que je ne suis pas d'accord avec le Professeur Schiff. Bien qu'il y ait de nombreuses améliorations à apporter au projet de loi S-33, je crois qu'une fois que l'on a commencé à réviser la Loi sur la preuve au Canada, il faut en finir avec cette tâche. Je crois qu'il faudrait rationaliser les dispositions.

J'ai déjà parlé de la preuve caractérielle. D'après moi, il est complètement ridicule de décrire ce concept en un seul mot; il s'agit là d'un domaine extrêmement compliqué. Je m'occupe surtout de contentieux, de sorte qu'elle revient toujours lorsqu'il est question d'appels. On ne peut pas s'asseoir et tout simplement énoncer les règles; on ne peut pas dire à quelqu'un ce qui va se passer dans un cas particulier.

Je crois qu'il serait utile de réviser la loi; il existe de véritables problèmes dans le projet de loi actuel qui doivent être réglés.

Le sénateur Godfrey: Le Professeur Schiff a dit, par exemple, que le principe du *stare decisis* n'est plus tellement important aujourd'hui et que les juges continuent à le modi-

[Text]

Could something be put down in a statute whereby it would be frozen and could not be further developed?

I did not quite agree with Professor Schiff in this respect. I thought that judges could develop and interpret statutes just as they could anything else, but I would simply like your comments on that.

Mr. Rosenberg: That is the danger of any statute, senator. It tends to become frozen. You run into the same sort of problem that we have run into with the Criminal Code, where everyone has seen that revisions of particular portions of the Criminal Code should be made, yet the omnibus bill has been stalled in Parliament for three years now. That is a problem.

I do not think it is that easy to say that *stare decisis* does not matter any more. The fact is that the Supreme Court of Canada has taken certain steps, but has basically gone through the same exercise as has Mr. Tollefson's committee. They have said: "Let's do away with common law corroboration; let's do away with recent complaint." Quite frankly, I would just as soon have Parliament do that as judges.

Mr. Fortier: My friend Mr. McKercher, the vice-president, who is an eminent counsel from a common law province, would like to contribute to the debate.

Mr. Robert McKercher Q.C., National Vice-President, Canadian Bar Association: Senator, you have asked a fundamental question, of course. I happen to practice civil law in the common law area. I am not a criminal lawyer, but, speaking generally, it has been my experience over many years that two things exist in a courtroom: first, not too many lawyers understand the rules of evidence; secondly, not too many judges do. Furthermore, we now have a young bar. I believe that the figures indicate that 60 per cent of the bar in Canada has been at it less than 10 years.

I suspect that the way in which judges, in trying to get on with their judicial work, cope with this morass of difficult rules is to simply say, when an objection is made, "I will take that under advisement, counsel," and counsel never hears about it again.

I think it is quite clear, therefore, that the laws of evidence need drastic reform. I do not take any particular position on the debate today with respect to issues such as the Charter and so on that were raised by our people here, but reform is needed. Obviously this exercise shows that more consultation with active people who have to apply the rules is necessary, so that when the reform does come, it is going to work.

Mr. Tremblay: I was about to raise a point that you may be aware of already. I am reading from the report of the task force, where Mr. Justice Murray says, at page 498:

There are very few areas where the task force has not recommended legislation and accordingly I consider that, by whatever name it is called, we will have an evidence code, and I do not consider it necessary or desirable to codify the laws of evidence.

[Traduction]

fier. Peut-on préciser dans une loi que les décisions qui ont été rendues sont figées et qu'elles ne peuvent être modifiées?

Je n'étais pas tellement d'accord avec le Professeur Schiff sur ce point. Je croyais que les juges pouvaient modifier et interpréter les lois comme ils le font avec n'importe quel autre règlement, mais j'aimerais connaître votre avis à cet égard.

M. Rosenberg: C'est le danger que présente n'importe quelle loi, sénateur. Elle tend à devenir figée. Vous vous retrouvez avec le même genre de problèmes que ceux que nous avons eus avec le Code criminel; tout le monde prétendait que certaines dispositions du Code criminel devaient être modifiées, mais le Parlement en est encore à étudier le bill omnibus après trois ans. C'est tout un problème.

Je ne crois pas que l'on puisse dire que le principe de *stare decisis* n'est plus important. La Cour suprême du Canada a pris certaines mesures, mais en général elle a fait le même travail que le comité de M. Tollefson. Elle a dit: «Débarassons-nous de la corroboration de la common law; débarassons-nous des plaintes spontanées». Honnêtement, je préférerais que ce soit le Parlement qui le fasse et non les juges.

M. Fortier: Mon amis M. McKercher, le vice-président, est un des grands avocats d'une province qui pratique la common law; il voudrait participer aux discussions.

M. Robert McKercher, c.r., vice-président national, Association du Barreau canadien: Sénateur, vous avez posé évidemment une question fondamentale. Il se trouve que je pratique le droit civil dans une des branches de la common law. Je ne suis pas un avocat au criminel, mais, de façon générale, je me suis rendu compte au fil des ans, de deux choses dans les salles de tribunal: premièrement, il n'y a pas beaucoup d'avocats qui comprennent les règles de la preuve; deuxièmement, il n'y a pas beaucoup de juges qui comprennent ces mêmes règles. De plus, les membres du Barreau sont aujourd'hui relativement jeunes. Je crois que les derniers chiffres indiquent que 60 p. 100 des membres du Barreau canadien ont moins de dix ans d'expérience.

Je crois que les juges, en essayant de faire leur travail, viennent à bout de cette masse de règles difficiles en disant tout simplement, lorsqu'une objection est soulevée, «Je demanderai conseil à cet égard, monsieur l'avocat,» et l'avocat n'en entend plus parler.

Je crois qu'il est clair que les règles de la preuve doivent être révisées au complet. Je ne tiens pas à prendre position aujourd'hui sur le débat entourant les questions comme la Charte, entre autres, qui ont été soulevées par nos représentants ici, mais une révision s'impose. Évidemment, pour y arriver, il faut tenir d'autres consultations avec ceux qui doivent appliquer ces règles, de sorte que, une fois révisées, elles seront efficaces.

M. Tremblay: J'allais soulever un point dont vous avez peut-être déjà entendu parler. Dans le rapport du groupe de travail, le juge Murray dit, à la page 554:

Le groupe de travail a recommandé d'incorporer la plupart des règles de la preuve dans ce texte. Je crois donc que, quel que soit le nom qui lui sera donné, nous allons avoir un code de la preuve, ce qui, à mon avis, n'est ni nécessaire ni souhaitable.

[Text]

My point is simply that the concern you are expressing is basic to many people.

Senator Godfrey: I must admit that I found it difficult to follow one of the interpreters today, and this point may have already been covered, for which I apologize.

I can follow the argument that there is difficulty in a situation where the federal law and the civil code crop up in the same case. How is that problem handled now under the laws of evidence? Do you not have that problem now? Why would it be any greater under a code?

Mr. Lebel: Genly speaking, with respect to civil cases involving provincial and federal matters, at the present time we usually follow the provincial rules of procedure and evidence. It may happen that some provisions of the Canada Evidence Act will have to be considered and applied, but because there are relatively few such cases at the present time, they really cause very few problems. The situation will change quite completely if the bill is adopted in its present form, because we will now have whole new sets of rules on matters that are already regulated by the code of procedure in Quebec or by provisions of our civil code.

Senator Bosa: Madam Chairman, I have just two or three brief questions. I am not sure whether I should address this first question to Mr. Rosenberg or someone else. The brief makes no reference to section 52(2), but when Mr. Greenspan, a rather prominent lawyer, appeared before our committee he was highly critical of that section which would allow into evidence notes written by a policeman who is not able to appear in court either because he is seriously ill or dead. Mr. Greenspan contended that such notes are often slanted because they are written in contemplation of litigation. He said that, consequently, it would be unfair to admit them into evidence because notes cannot be cross-examined.

Do you have any comment on that?

Mr. Rosenberg: It is probably not fair to ask me because I am Mr. Greenspan's partner, but I agree with him. I have read what he said to your committee. I think it reflects a real concern that a number of defence counsel have with that particular provision. It is kind of symptomatic of several provisions in Bill S-33, where for some reason there has been inserted a kind of crown bias or prosecutor or police bias. This is just a blatant example of that.

The circumstantial guarantee of trustworthiness of documents made in the course of duty is that they are not made looking to litigation or with the possibility that they will be used in court. They are just made because the person is under a duty. However, a police officer's notes are made primarily to help that police officer refresh his memory when he is in the witness stand and testifying in court. They are therefore slanted that way. He records what he wants to remember. He does not record everything and he usually does not record exculpatory statements.

[Traduction]

Je tiens tout simplement à dire que de nombreuses personnes partagent votre point de vue.

Le sénateur Godfrey: Je dois admettre que, comme j'ai eu de la difficulté à suivre un des interprètes aujourd'hui, il est possible que ce point ait déjà été soulevé; si c'est le cas, je m'excuse.

Je comprends que l'on puisse éprouver des difficultés dans les situations où la loi fédérale et le code civil se chevauchent. Comment peut-on régler ce problème en vertu des lois sur la preuve? N'avez-vous pas ce problème maintenant? Ne serait-il pas plus grave si l'on avait un code?

M. Lebel: De façon générale, en ce qui concerne les affaires civiles de compétence provinciale et fédérale, nous suivons habituellement les règles provinciales en matière de procédure et de preuve. Il peut arriver que certaines dispositions de la Loi sur la preuve au Canada doivent être prises en considération et mises en application, mais ces cas posent peu de problèmes à l'heure actuelle parce qu'ils sont assez rares. La situation va changer radicalement si le projet de loi est adopté dans sa forme actuelle, parce que nous avons maintenant toute une série de nouvelles règles qui s'appliquent à des questions qui sont déjà visées par le code de la procédure du Québec ou par des dispositions de notre Code civil.

Le sénateur Bosa: Madame le président, j'ai deux ou trois petites questions à poser. Je ne sais pas si je devrais d'abord m'adresser à M. Rosenberg ou à quelqu'un d'autre. Le mémoire ne fait aucune allusion au paragraphe 52(2), mais, lorsque M. Greenspan, un très grand avocat, a comparu devant notre comité, il s'est montré très sévère à l'égard de cet article parce que celui-ci stipule que les notes écrites par un policier qui ne peut témoigner en cour parce qu'il est trop malade ou parce qu'il est mort sont recevables comme preuve. M. Greenspan prétend que ces notes sont souvent tendancieuses parce qu'elles sont rédigées en prévision d'un litige. Il prétend qu'il serait injuste de les admettre comme preuve parce qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un contre-interrogatoire.

Avez-vous quelque chose à dire à ce sujet?

M. Rosenberg: Il est probablement injuste de me demander cela du fait que je suis l'associé de M. Greenspan, mais je suis d'accord avec lui. J'ai lu la déclaration qu'il a faite à votre comité. Je crois qu'elle reflète les préoccupations réelles qu'un certain nombre d'avocats de la défense éprouvent à l'égard de cette disposition. Je crois qu'il en est de même pour plusieurs dispositions du projet de loi S-33 qui, pour une raison ou une autre, sont conçues en faveur de la Couronne, du procureur ou du policier. Il s'agit là d'un exemple flagrant.

Ce qui garantit la fiabilité des notes prises dans l'exercice d'une fonction, c'est que ces notes ne sont pas faites en prévision d'un litige ou dans l'éventualité qu'elles seront utilisées en cour. Elles sont tout simplement prises parce que la personne est obligée de le faire. Toutefois, les notes d'un policier visent surtout à permettre à ce dernier de se rafraîchir la mémoire s'il est appelé à témoigner. Elles sont donc tendancieuses d'une certaine façon. Il enregistre ce qu'il ne veut pas oublier. Il n'enregistre pas tout et, habituellement, il ne prend pas en note des témoignages disculpatoires.

[Text]

In fact, in a case in Toronto not long ago a police officer experienced in homicide was asked why he did not record a statement in which the accused had denied the offence. He said, "Well, I never record that part." So there is just no guarantee of trustworthiness in those kinds of notes and it is not a fair provision to single out police officers for special treatment.

There is a role for that kind of provision; it is for routine entries in log books or the recording of exhibits and things like that. If we ever went to that, I doubt that there would be any problem, but that is not the way the section reads.

Senator Bosa: So you agree with Mr. Greenspan.

Mr. Rosenberg: I do.

Senator Bosa: I believe you said that clause 85 should be changed to permit an alibi defence to be raised at any time during the course of a trial. But isn't there a provision within clause 85 that would enable a judge to use his discretion to allow an alibi to be admitted during the course of a trial? For instance, if an accused did not comply with clause 81, which requires him to submit notice ahead of time, wouldn't clause 85, giving the judge that discretion, not answer your concern?

Mr. Rosenberg: There is a basic question: Why should anyone, whether it be the trial judge or the Crown, have a discretion to exclude defence evidence at all? To me that is the basic proposition. If a person has a defence of alibi, he should be allowed to present it. If he presents it late, if he does not give his notice in time, then he should run the risk that someone will comment on that and say, "Listen. This is the first time we have heard of that. We have not had a chance to investigate it."

That is fine, but what are those words, "unless the trial court for cause shown orders otherwise"? Would that mean that some lawyer would have to get on the stand and say that he was incompetent and forgot about this provision? Will he have to say, "I did not realize I had to comply"? Or will a lawyer have to get on the stand and say that the previous lawyer was incompetent?

What do those words mean? Why should we have to get into that sort of thing in an ordinary area like a defence of alibi, or for any defence?

If you want to put in a notice provision, that is fine. The British have done it. They have their own system and we have our own system. There is nothing wrong in requiring an accused to give notice of an alibi, but don't penalize him if for some reason, whatever it may be, he fails to do that. All there needs to be is a comment on the validity of the defence, but don't prevent him from being able to present his defence to the jury. That is my complaint.

Senator Bosa: So you think the discretion the judge has under clause 85 is not sufficient.

[Traduction]

En fait, il y a eu récemment un cas à Toronto où un policier spécialisé dans les homicides s'est vu demander pourquoi il n'avait pas noté le témoignage d'un accusé qui niait avoir commis l'infraction. Il a répondu: «Eh bien, je n'enregistre jamais cela.» On ne peut donc pas garantir la fiabilité de ces notes, et il n'est pas juste d'accorder un traitement spécial aux policiers.

Cette mesure a pour but d'assumer la transcription de notes courantes dans un carnet ou encore de permettre l'enregistrement de pièces à conviction et de choses de ce genre. Nous n'aurions probablement pas de problème si l'on procédait de cette manière, mais ce n'est pas ce que stipule l'article.

Le sénateur Bosa: Vous abondez donc dans le sens de M. Greenspan.

M. Rosenberg: Oui.

Le sénateur Bosa: Il me semble que vous avez dit que l'article 85 devrait être modifié pour qu'un alibi puisse être présenté à n'importe quel moment durant le procès. Mais l'article 85 ne sous-entend-il pas qu'un juge pourrait se servir de ses pouvoirs discrétionnaires pour admettre un alibi comme preuve au cours d'un procès? Par exemple, si l'inculpé ne se conforme pas à l'article 81, qui exige qu'il présente un avis d'alibi, l'article 85 qui donne ce pouvoir au juge ne permet-il pas de régler ce problème?

M. Rosenberg: Il y a une question fondamentale: pourquoi devrait-on permettre à une personne, que ce soit le juge ou la Couronne, d'exclure des preuves? C'est d'après moi la proposition principale. Une personne devrait être autorisée à présenter un alibi en sa faveur. Si elle le présente trop tard, si elle ne présente pas l'avis dans les délais requis, elle risque de se faire dire: «Écoutez. C'est la première fois que nous entendons parler de cela. Nous n'avons pas eu la possibilité d'étudier cette question.»

C'est bien, mais que veulent dire ces mots, «sauf ordre contraire du tribunal de première instance donné pour des motifs établis»? Est-ce que cela veut dire qu'un avocat doit se tenir à la barre et avouer qu'il a fait preuve d'incompétence parce qu'il a oublié cette disposition? L'obligera-t-on à dire, «Je ne savais pas que je devais m'y conformer»? Ou donnerons-nous la chance à un avocat de venir à la barre affirmer que l'avocat précédent était incompetent?

Que veulent dire ces mots? Pourquoi devrions-nous nous lancer dans un débat pour une question aussi simple que l'alibi, ou pour toute autre question de défense?

Si vous voulez inclure une disposition sur l'avis d'alibi, très bien. Les Britanniques l'ont fait. Ils ont leur propre système et nous avons le nôtre. Il n'y a rien de mal à demander à un inculpé de présenter un avis d'alibi, mais il ne faut pas le pénaliser si, pour une raison ou une autre, il néglige de le faire. Il suffit tout simplement de commenter la validité des preuves de la défense, mais il ne faut pas l'empêcher de présenter sa défense au jury. Voilà ce que je reproche à l'article.

Le sénateur Bosa: Donc, vous croyez que les pouvoirs discrétionnaires dont jouit un juge en vertu de l'article 85 ne suffisent pas.

[Text]

Mr. Rosenberg: That is right. I don't see the need for it. I don't think anyone should have a discretion to exclude defence evidence, period.

Mr. Tremblay: If I may say so, senator, it is not a matter of discretion. You have to show cause so that means there is a trial within a trial. You have to say something like, "I was late because it was lost in the mail," or something like that. It is not a matter of discretion.

Senator Bosa: Well, is it reasonable to expect that an accused who has an alibi would forget to tell his lawyer or the court that he had that alibi?

Mr. Rosenberg: Yes, that happens. It is not a question of forgetting. For example, what does "alibi" mean? If he says, "I was in a bar somewhere. I don't know who else was there. I was just in a bar somewhere," and he comes to trial and during the course of the trial some witness crops up, actually appears and says, "Yes, I can confirm that he was there," does this clause in the bill mean that that witness will be excluded, that the accused can not call that witness?

There is an unnecessary formalism in the whole procedure that I don't think is required. Perhaps the accused does not forget to tell the lawyer but perhaps the lawyer is busy and forgets to send the notice.

I am telling you that, if you want to draft an evidence code, don't draft it for the careful lawyers. Their clients are protected already because they have careful lawyers. Draft it for the lawyer who will be careless or draft it for the accused who does not have a lawyer. That is what I am concerned about.

Mr. Fortier: May I point out to the honourable senators that at page 114 the position of the bar on that very question is set out. Let me read from the second paragraph:

An accused should be permitted to raise a possible alibi defence at any time as long as it is fully understood by the accused that the judge has the right to comment on the accused's failure to disclose it at first opportunity.

We go on to say:

By making it not admissible "without the consent of the prosecutor unless the trial court for cause shown orders otherwise", one may be adding something new to the law. We respectfully submit that there is nothing wrong with the present state of the law.

Senator Bosa: When Mr. Rosenberg was reviewing clause 123 I believe he stated that the previous record of an accused ought not to be mentioned except in cases where the accused attacks a co-accused or makes character references to witnesses. But what about the situation where an accused brings witnesses to attest to the good character of the accused himself? Would it not in that case be proper to raise the matter of his past record?

Mr. Rosenberg: Certainly. Senator Bosa, I was not attempting to be exhaustive in terms of when a criminal record should be introduced. The point I was trying to make was that, rather than focusing on the kinds of crimes or putting in the time-of-

[Traduction]

M. Rosenberg: C'est exact. Je n'en vois pas l'utilité. Je ne vois pas pourquoi une personne devrait avoir le pouvoir d'exclure une preuve, un point c'est tout.

M. Tremblay: Je crois, sénateur, qu'il n'est pas question de pouvoirs discrétionnaires. Il faut donner des motifs, ce qui veut dire qu'il y aura un procès à l'intérieur du procès. Il faut dire quelque chose comme: «Je l'ai présenté en retard parce qu'il s'est perdu dans le courrier», ou autre chose comme ça. Il n'est pas question ici de pouvoirs discrétionnaires.

Le sénateur Bosa: Est-il raisonnable de croire qu'un inculpé qui a un alibi pourrait oublier d'en informer son avocat ou le tribunal?

M. Rosenberg: Oui, cela arrive. Ce n'est pas une question d'oublier. Par exemple, que veut dire l'expression «alibi»? Si l'inculpé dit: «J'étais dans un bar. Je ne sais pas qui d'autre s'y trouvait. J'étais tout simplement dans un bar», qu'il se présente ensuite au procès et que, durant celui-ci, un témoin surgit de nulle part et confirme que l'inculpé s'y trouvait, est-ce que cet article du projet de loi veut dire que le témoignage de cette personne sera exclu, que l'inculpé ne pourra citer ce témoin?

Cette procédure est entourée d'un formalisme qui à mon avis est inutile. Il se peut que l'accusé pense à en aviser l'avocat, mais que ce dernier soit occupé et oublie d'envoyer l'avis.

Si vous voulez rédiger un code de preuve, ne le faites pas à l'intention des avocats consciencieux. Leurs clients sont déjà protégés à cause précisément de cette qualité de leur avocat. Rédigez-le à l'intention de l'avocat négligent ou de l'accusé qui n'a pas d'avocat. C'est le point qui me préoccupe.

M. Fortier: Permettez-moi de signaler aux honorables sénateurs que le Barreau a énoncé sa position sur ce point à la page 114 de son mémoire. Je lis, au deuxième paragraphe:

L'accusé devrait être autorisé à invoquer un alibi de défense n'importe quand du moment qu'il a pleinement conscience que le juge a le droit de critiquer le fait qu'il ait omis de l'invoquer plutôt.

Et je poursuis:

En le rendant non recevable sans le consentement de l'avocat de la poursuite, à moins que le tribunal de première instance n'en ordonne autrement, on risque d'ajouter quelque chose de nouveau à la loi. Nous croyons respectueusement qu'il n'existe rien de mauvais dans le libellé actuel de la loi.

Le sénateur Bosa: Lorsque M. Rosenberg a passé en revue l'article 123, il a dit, si je ne me trompe, qu'il ne faudrait pas mentionner le casier judiciaire d'un accusé sauf s'il attaque un coaccusé ou fait allusion à la réputation des témoins. Mais que se passe-t-il lorsqu'un accusé fait entendre des témoins pour prouver sa bonne réputation? Ne serait-il pas juste dans ce cas de mentionner son casier judiciaire?

M. Rosenberg: Certainement. Sénateur Bosa, je ne prétendais pas avoir épuisé tous les cas où il fallait mentionner que l'accusé avait un casier judiciaire. Je voulais insister sur ceci: plutôt que de mettre l'accent sur le genre de crimes ou imposer

[Text]

year limitations, and that kind of thing, the focus should be on the conduct of the trial. If the accused leads evidence of his own good character, then, certainly, it is fair to adduce evidence of his criminal record. I was merely using these as examples; I did not mean to draft the rule before you.

Senator Bosa: A last question, Madame Chairman, of a general nature. Some witnesses who appeared before the committee pointed out that Bill S-33 did not incorporate all of the laws of evidence. Do you have any comments about that?

Mr. Rosenberg: I think Mr. Fortin made that point.

Senator Bosa: I am sorry, I was not here throughout the hearing, so if that point has already been made—

Mr. Rosenberg: Let me just add what I think to what Mr. Fortin said. It strikes me that if you are going through the exercise, you should be as comprehensive as possible. For example, one area that I would have thought would have been included is the area of solicitor-client privilege. That is an area where we are very much up in the air as to what should be the procedure, and that struck me as an obvious area to codify, if I could use that word. However, as I understand it, the common law takes over where this bill does not specify, and as we have lived with the common law for a long time, I suppose we cannot complain if everything is not included in this bill.

Senator Lapointe: Mr. Guthrie, in your definition of "record", would you object to the words "reflect accurately" being included in the bill?

Mr. Guthrie: I do not think so. However, we do not feel that we want to have "reflect accurately" and then come back to some other additional criteria for admissibility. It would seem to me to be one or the other.

If my recollection is correct, I believe the Canadian Bankers' Association agreed, perhaps with a certain reluctance, that they could live with the three criteria of the task force, although they had some question with the third criterion. They did not like the "reflect accurately" because it meant that the matter could again come up before the courts which would result in another *Regina v. McMullen* decision which might not be necessary, and I share their point of view in that respect. In other words, by putting in "which would reflect accurately", it would allow that same point to come up again and the court would have to decide what "reflect accurately" means, and would have to decide what the criterion for admissibility was, whereas the three criteria suggested by the task force have already basically been promulgated by the courts, perhaps not with the same clarity. However, this is a question of language and the Canadian Bankers' Association would not wish to go back and litigate that matter again. My answer to you, senator, therefore, is that I would probably opt for the three criteria set out by the task force rather than the phrase which we now see before us in the definition.

Senator Godfrey: When you commented on section 104, I got the impression you felt that that excluded evidence, and yet it seems to me that really does not exclude evidence but

[Traduction]

les limites quant à la période de l'année, et ainsi de suite, il faudrait plutôt s'intéresser au déroulement du procès. Si l'accusé invoque en preuve sa bonne réputation, je pense qu'il est tout à fait juste d'invoquer en revanche son casier judiciaire. Je n'ai donné là que des exemples: ce n'était pas du tout mon intention de définir pour vous cette règle.

Le sénateur Bosa: Une dernière question, Madame le président, d'ordre général. Certains des témoins qui ont comparu devant le comité ont signalé le fait que le projet de loi S-33 n'incorporait pas toutes les lois sur la preuve. Avez-vous des observations à faire à ce sujet?

M. Rosenberg: Je pense que M. Fortin a déjà traité de la question.

Le sénateur Bosa: Je m'excuse; je n'ai pas assisté à toute la séance, et si ce point a déjà été soulevé...

M. Rosenberg: Laissez-moi simplement préciser ma pensée sur ce qu'a dit M. Fortin. Il me semble que, si on se donne la peine de codifier, il faudrait aller dans le plus de détails possible. Par exemple, j'avais pensé qu'on inclurait le privilège qui lie l'avocat et le client. Il n'y a guère de précision sur la procédure à suivre, et je suis étonné qu'il n'y ait pas eu codification dans ce domaine, si je peux me permettre l'expression. Toutefois, si je comprends bien, la common law l'emporte lorsque le projet de loi est imprécis et, comme elle nous gouverne depuis longtemps, je suppose qu'on ne peut pas se plaindre que tout ne soit pas inclus dans le projet de loi.

Le sénateur Lapointe: Dans votre définition de «document», vous opposeriez-vous à ce que les termes «reflète exactement» soient inclus dans le projet de loi?

M. Guthrie: Non, je ne crois pas. Cependant, nous ne voudrions pas que les termes «reflète exactement» y figurent et que nous en revenions ensuite à d'autres critères additionnels de recevabilité. Il faut choisir.

Si ma mémoire est bonne, je pense que l'Association des banquiers canadiens a admis, à contre-cœur peut-être, qu'il lui serait possible d'accepter les trois critères du groupe de travail même si elle s'interroge sur le troisième. Elle n'aimait pas l'expression «reflète exactement» parce que les tribunaux auraient pu une fois de plus prendre une décision du genre de celle rendue dans l'affaire *Regina v. McMullen*, inutilement, et je suis d'accord avec elle sur ce point. Autrement dit, si on incorporait les termes «qui refléterait exactement», la question pourrait à nouveau se poser et les tribunaux auraient alors à décider du sens à donner à «reflète exactement» et des critères de recevabilité, alors même que les trois critères proposés par le groupe de travail auraient déjà été promulgués par les tribunaux, mais peut-être pas avec la même clarté. Toutefois, c'est une question de formulation et l'Association des banquiers canadiens ne tient pas à mettre la question en litige à nouveau. Donc, sénateur, j'opterais probablement en faveur des trois critères énoncés par le groupe du travail plutôt que pour la phrase que contient actuellement la définition.

Le sénateur Godfrey: Lorsque vous avez commenté l'article 104, il m'a semblé que vous aviez l'impression qu'il excluait la preuve, ce qui n'est pas du tout le cas à mon avis; cependant, il

[Text]

permits the judge to make a comment, which is the very thing you are saying you do not prefer. It is, I admit, a draft, but is that not really the effect of section 104, that it permits a judge to make a comment?

Mr. Rosenberg: Section 104 is a compromise that arose out of the proceedings in Whitehorse, and subsection 3 was tacked on as sort of a saving device.

Subsection 2, however, is clear. It says:

Where a party cross-examining a witness intends to contradict the witness on a fact in issue, the party shall direct the attention of the witness to that fact.

Therefore, quite frankly, I do not know what subsection 3 means. I would prefer that we just got rid of the whole concept. For example, what does that mean: "... may take any other appropriate measure provided by law."? One appropriate measure might be to exclude the evidence, to prevent the accused from giving his story, and I do not think that that would be appropriate.

Senator Godfrey: The other point I would like to ask you a question on is this business of the shifting of the onus. This occurs presently in a narcotic case on a question of possession. Suppose someone had a hundred pounds of hashish in the back of his station wagon. Is there anything wrong with him having to explain that?

Mr. Rosenberg: At what weight do you draw the line, though?

Senator Bosa: He said a hundred pounds.

Senator Godfrey: This is really a question of deciding at what point, or how much, which is something that goes towards the weight.

Mr. Fortier: Well, no shifting at fifty kilos.

Mr. Rosenberg: If someone has a hundred pounds of marijuana in their trunk, they have a lot of explaining to do. The Crown does not need the benefit of the reverse onus provision, and that is the point. Where it hurts is if someone has half a pound or an ounce in his or her possession. Why should he have to explain that? Therefore the Crown can get along without this provision, and I think the Ontario Court of Appeal made that clear in the *Oakes* case.

In the ordinary case where there is a large quantity, the Crown is not going to have any difficulty in proving its case. Where the reverse onus provision hurts is with the possibly innocent people who are found with a quantity of drugs and they should not have to explain their possession.

Senator Godfrey: So their possession is evidence in itself?

Mr. Rosenberg: Yes, that is right.

M. Fortier: Monsieur le professeur Fortin aurait quelque chose à ajouter.

M. Fortin: Avec votre permission, madame le président, au sujet de cette question, je voudrais apporter la précision suivante: Même dans les cas où la loi ne prévoit pas le renverse-

[Traduction]

permet au juge de faire des observations, ce qui vous déplaît. Je sais qu'il ne s'agit que d'un projet de loi, mais l'article 104 n'a-t-il pas pour effet de permettre à un juge de faire des observations?

M. Rosenberg: L'article 104 est un compromis auquel on en est venu après les séances tenues à Whitehorse, et le paragraphe 3 y a été ajouté en tant que sauvegarde en quelque sorte.

Le paragraphe 2 toutefois est clair. Il y est dit:

Elle doit attirer l'attention du témoin sur tout point contesté sur lequel elle entend le contredire.

En toute franchise, je ne vois pas ce que veut dire le paragraphe 3. Je préférerais qu'on se débarrasse tout à fait de cette notion. Par exemple, que veut dire: «... peut prendre toute autre mesure convenable prévue par la Loi»? Une de ces mesures pourrait consister à exclure la preuve afin d'empêcher l'accusé de donner sa version des faits; je ne pense pas que ce soit indiqué.

Le sénateur Godfrey: L'autre point sur lequel j'aimerais vous interroger est le renversement de la charge de la preuve. Ce problème se pose actuellement dans une affaire de narcotiques au sujet de la possession. Supposons que quelqu'un ait 100 livres de haschich à l'arrière de sa familiale. Qu'y a-t-il de mal à ce que cette personne s'explique?

M. Rosenberg: Mais à partir de quelle quantité?

Le sénateur Bosa: Il a dit cent livres.

Le sénateur Godfrey: Il s'agit donc de décider de la quantité minimale, ce qui a à voir avec le poids.

M. Fortier: La charge ne serait pas renversée à cinquante kilos.

M. Rosenberg: Si quelqu'un avait cent livres de marijuana dans le coffre arrière de sa voiture, il lui faudrait de toute façon expliquer pourquoi. La Couronne n'a pas besoin de l'avantage de la charge renversée, et c'est ce que je voulais faire ressortir. Le problème se pose lorsque quelqu'un a une demi-livre ou une once en sa possession. Pourquoi lui faudrait-il s'expliquer? Donc, la Couronne peut se passer de cette disposition, et je pense que la Cour d'appel de l'Ontario l'a très bien montré dans l'affaire *Oakes*.

Si une grosse quantité est en jeu, la Couronne n'aura aucun mal à faire valoir son point. La preuve renversée pose des problèmes lorsqu'une personne, peut-être innocente, a en sa possession des drogues, et elle ne devrait pas à avoir expliquer pourquoi.

Le sénateur Godfrey: Donc la possession est une preuve en elle-même?

M. Rosenberg: Oui, c'est exact.

Mr. Fortier: Perhaps Professor Fortin has something to add.

Mr. Fortin: With your permission, Madam Chairman, I would like to clarify this question further. Even in cases where the law does not permit the shifting of the burden of proof

[Text]

ment du fardeau de persuasion sur l'accusé quant à la preuve de certains faits, même dans ces cas-là, comme l'a dit Me Rosenberg, l'accusé a le «bit of explaining to do», car il assume quand même le fardeau de présenter des faits donnant ouverture à un moyen de défense ou à une cause de disculpation, lorsque la preuve de la poursuite ne contient pas ces faits. Le but de ma précision est le suivant: C'est que dans la plupart des cas où les lois actuelles font incombler à l'accusé le fardeau d'établir un fait ou l'existence d'un fait par une preuve prépondérante, le privant ainsi du doute raisonnable, tous ces cas-là sont des atteintes à la présomption d'innocence. La plupart de ces cas-là, pour ne pas dire tous, sont une atteinte inutile et gratuite à la présomption d'innocence, car il suffirait, en l'absence de disposition précises de la loi, que l'inculpé en prenant le risque s'il ne vient pas, doive apporter des preuves pour susciter un doute raisonnable sur la question. C'est sur cet aspect de la question que je voulais attirer l'attention du comité dans l'étude des dispositions du projet de loi qui touchent trop facilement, de l'avis du comité avec lequel j'ai travaillé, au caractère sacro-saint de la présomption d'innocence.

The Chairman: Thank you. Are there any further questions?

May I thank you on behalf of the committee for this very comprehensive and important brief which you have presented to us. I am sure it will be studied and observed very carefully in the ensuing months, as the revisions take place.

Mr. Fortier: Thank you, Madam Chairman, for first of all making it possible for all these views to be expressed. I personally appreciate the privilege of being given the opportunity of leading this delegation today. I hope that, through you, the very hard working members of the Department of Justice who have worked day and night in recent months on Bill S-33 will appreciate that, if they wish to continue the process of consultation, we would be more than happy to engage in it.

May I also remind you of the invitation which all of the members of your committee have received to partake of the Canadian Bar Association hospitality at 6.30 p.m. this evening at the Four Seasons Hotel, Salon F. Many of you have already indicated that you will be present and we look forward to hosting you and the members of the Justice and Legal Affairs Committee of the other place who will also be in attendance, along with members of the Law Reform Commission of Canada.

The Chairman: Thank you very much.
The committee adjourned.

[Traduction]

onto the accused when it comes to proving certain facts, even in those cases, as Mr. Rosenberg has said, the accused has «a bit of explaining to do». After all, he has to assume the burden of presenting facts that will result in a means of defence or that will lead to exoneration, when the prosecution evidence does not include these facts. My point is this: in most cases where existing laws require the accused to establish a fact or the existence of a fact by preponderant evidence, thus depriving him of reasonable doubt, those cases are attacks on the presumption of innocence. Most of those cases, not to say all of them, are pointless and gratuitous attacks on the presumption of innocence, because it is enough, in the absence of precise provisions in the law, that the accused must produce evidence to arouse a reasonable doubt about the matter, though he runs the risk of not doing so. That is the aspect of the question to which I would like to draw the committee's attention as they study the provisions of the Bill that tamper too casually, in the opinion of the committee with which I worked, with the sacrosanct character of the presumption of innocence.

Le président: Merci. Y a-t-il d'autres questions?

Permettez-moi de vous remercier au nom du Comité pour ce important mémoire très détaillé que vous nous avez présenté. Je suis persuadée qu'il fera l'objet d'une étude très soignée au cours des mois à venir lorsque des modifications seront apportées au projet de loi.

M. Fortier: Je vous remercie Madame le président, tout d'abord pour nous avoir permis d'exprimer nos vues. J'apprécie personnellement l'occasion qui m'a été offerte de présider la délégation d'aujourd'hui. J'ose espérer que, par votre entremise, les fonctionnaires dévoués du ministère de la Justice qui ont travaillé jour et nuit au cours des derniers mois au projet de loi S-33 se rendront compte que, s'ils désirent poursuivre le processus de consultation, nous serons tout heureux de collaborer avec eux.

Puis-je également vous rappeler l'invitation faite à tous les membres de votre Comité d'être les hôtes de l'Association du barreau canadien ce soir, à 18 h 30, au salon F de l'hôtel Four Seasons. Bon nombre d'entre vous nous ont déjà annoncé qu'ils nous y rencontreraient, et nous serons heureux de vous y accueillir, ainsi que les membres du Comité de la justice et des questions juridiques de l'autre endroit et les représentants de la Commission de réforme du droit du Canada.

Le président: Merci beaucoup.
La séance est levée.

APPENDIX "66-A"

Brief on Bill S-33

(Evidence Act)

June 1, 1983

Canadian Bar Association

Bar of Quebec

Montreal, June 1, 1983

M. le bâtonnier Louis LeBel
Bar of Quebec
Court House
Room 9.80
1 Notre Dame St. E.
Montreal, Quebec
H2Y 1B6

M^c L. Yves Fortier, Q.C.
President
Canadian Bar Association
Suite 1700
130 Albert St.
Ottawa, Ontario
K1P 5G4

Re: Report of the joint committee of the Canadian Bar Association—Bar of Quebec on Bill S-33 (Evidence Act)

Dear colleagues:

We have the honour of submitting to you the report of the joint committee of the Canadian Bar Association—Bar of Quebec on Bill S-33, concerning evidence in Canada.

We would first thank you for the confidence you have demonstrated in us, in asking us to represent the Canadian and Quebec Bars in developing the official position of these two bodies.

However, we greatly regret not having the time necessary to conduct a more thorough study and carry out broader consultation, which would have better reflected the scope and significance of the proposed legislation, and we can only state our hope that the sponsors of this Bill will give us all—and themselves—additional time for consideration.

After ten years of work on this subject, it is difficult to imagine that there can suddenly be such urgency that the people whose opinions would be of assistance in improving the Bill cannot have the opportunity of contributing to the discussion.

It should also be noted that the portion of our Committee report dealing with the criminal aspects of the Bill deals only with the points on which it was possible to gather opinions from a number of eminent lawyers who were able to take time to meet with the Committee.

Certainly, in view of the interest they demonstrated, a longer time would make it possible to obtain a more representative survey of the profession.

For the same reason, we were able only to make a broad study of the Bill, by highlighting particularly significant examples, although we were aware that a more specific study is necessary.

There was even greater difficulty in organizing any valid method of consultation on the civil aspect, as the Bill was almost unknown among the civil law practitioners in Quebec.

Nevertheless, we were able to call together a number of people, who could only confirm what we had already feared in the area of the problems that Bill S-33 could cause for members of the Bar practising in the civil law jurisdiction, as well as for parties appearing before the Courts.

We were therefore forced to limit our report to indicating the areas that should be addressed by a more thorough study and consultation process.

For their invaluable contribution, we would like to thank the following people, who agreed on little notice to join us in considering the effects of the Bill:

—Léo Ducharme, Q.C., Professor in the Faculty of Law of the University of Ottawa;

—Harvey W. Yaroskey, esq

—Morris J. Fish, esq

—François Daviault, esq

—Pierre Poupart, esq

—Jean-Claude Hébert, esq

—Yves Bériault, esq

We offer a very sincere thank you to these generous people, with the hope that Parliament will give them the chance, as they would like, to examine the Bill further and in greater depth.

We would like to thank particularly our devoted secretary, Gustave Hébert, of the research service of the Bar of Quebec, who often had to work at double speed. Without him, and the support staff we had around the Committee, Mr. President and M. le Bâtonnier, we would never have been able to submit this study within the time limit imposed on us.

We hope that the enclosed study will be of some use to you.

Yours very truly,

JOINT COMMITTEE OF THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION AND THE BAR OF
QUEBEC ON BILL S-33

Gérald R. Tremblay, esq., Chairperson

Prof. Gisèle Côté Carper

Prof Jacques Fortin

The Hon. André Nadeau, QC

Melvin Rothman, JSC.

Per: (signed)

Gérald R. Tremblay

CANADIAN BAR ASSOCIATION—BAR OF QUEBEC

BRIEF

ON

BILL S-33

(EVIDENCE ACT)

June 1, 1983

Committee of the Canadian Bar Association—Bar of Quebec
on Bill S-33 (Evidence Act)

Gérald R. Tremblay, Chairperson
Gisèle Côté Harper
Jacques Fortin
André Nadeau
Melvin Rothman J.

Gustave Hébert, Secretary
Research service, Bar of Quebec

Legal filing—2nd semester 1983

INTRODUCTION

The Bill to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada was tabled in the Senate of Canada in November 1982. Although this Bill is the final product of a process that extended over several years, it had not been discussed with the entire profession in its present form prior to tabling in the Senate.

In order to ensure that the Quebec perspective on this Bill is clearly identified, a Committee of the Bar of Quebec and the Canadian Bar Association was established. While this Committee is one of several of the Canadian Bar Association that has done such work, its particular mission was to present the views of Quebec on the Bill.

Having said this, in view of the physical impossibility of conducting any broader consultation process in the very short time available to it, the members of the Committee carried out its examination of the Bill in co-operation with lawyers who agreed to contribute their considerable experience, in both criminal and civil law, and who participated in the Committee's study of this legislation, in order to determine the impact it may have on the practice of the profession of law in Quebec.

Despite the efforts expended in a very short time, it should be noted that this document should in no way be considered to be the result of any exhaustive study of all the sections and all possible consequences of enactment of the Bill. The Committee could only draw attention to the points it considered most offensive, and is convinced that an extended period for consideration and consultation would have contributed to expanding the range of comments on the Bill in question.

When we skim through Bill S-33, it is clear that it is dealing with both criminal and civil law. Our concerns in the area of criminal law are similar to those of the profession throughout Canada, and in all provinces. We shall consider later in this brief the various criminal aspects of this Bill which particularly drew our attention.

However, it is essential to note at the outset that the civil aspects of this Bill as they concern Quebec are unprecedented.

The law of evidence in Quebec has always been—with minor exceptions—the law provided in our Civil Code and Code of Civil Procedure. It is important to note that these provisions deal not only with rules of procedure, but also with rules of substance, regardless of the Court to which one is dealing, and regardless of the area of legislative jurisdiction in question. In other words, even if the resolution of a dispute at a trial requires that facts be proved that relate to enforcement of a federal Act, these facts must be proved according to the rules of our civil law. The unity and coherence that results from the fact that the same rules apply before all Courts, including Federal Court, can only be beneficial.

If Bill S-33 is adopted as is, it will succeed in bringing about a significant change to this situation.

Section 3 of the Act reads as follows:

Subject to sections 4 and 5, this Act applies to every proceeding and stage of a proceeding within the jurisdiction of the Parliament of Canada that is before a court or that is held for the purpose of taking evidence pursuant to a court order.¹

When this section is read in conjunction with s 6 of the Bill and the definition of a “court” that is found in s 1, we can only conclude that every time a federal Act is at issue in a civil proceeding before any Court at all, whether federal or provincial, the provisions of the new Bill must apply.

The Bill, which in several respects is simply a codification of the common law, will substantially change the rules of evidence that have been applied in civil matters up to this time.

It therefore follows that the civil aspect of this Bill substantially amends the civil law of Quebec.

It is not a sufficient response to this statement to s 1 that s 2 of the present *Canada Evidence Act* contains a provision similar to s 3 of the Bill. While that is undoubtedly true, the area to which the present *Canada Evidence Act* applies is so limited in civil matters that the results of this section cannot be compared to the results of the new provision, which exist in the context of a Bill with an area of application that extends to our entire civil law of evidence.

It should not be forgotten that Parliament itself recognized and respected the duality of the legal system in Canada in enacting subs 11(b) of the Law Reform Commission Act, which states: “The objects of the Commission are to study and keep under review . . . the statutes and other laws . . . with a view to . . . the reflection in and by the law of the distinctive concepts and institutions of the common law and civil law legal systems in Canada, and the reconciliation of differences in those concepts and institutions . . .”²

We conclude that a change that is at the same time as substantial and as unilateral as the change proposed is totally unacceptable, and does not contribute to maintaining this duality. It is even more unacceptable in that there was no prior consultation with civil law practitioners in Quebec, and that the need for a national Code in questions of evidence other than in criminal proceedings has never been discussed, let alone demonstrated.

Moreover, the constitutional disputes that could arise from such a codification of the rules of evidence in civil proceedings could be avoided if the Act applied only to criminal proceedings, as the Law Reform Commission itself suggested.

The members of the Committee questioned the advisability codifying the rules of evidence relating to both civil and criminal proceedings in the same legislation.

In considering the presentation of evidence in criminal proceedings, the Committee gave particular attention to the rights now granted to the accused. The Bill disturbs the traditional balance between the rights of the prosecution and of the defence.

Independently of this question, certain basic rules, which are intended as a codification of principles developed in the decisions of the Canadian common law Courts are incomprehensible if the reader does not have a thorough knowledge of the common law, as a result that is contrary to the very spirit of a codification, whatever form it may take.

Finally, although we first object to the very essence of the Bill, we believed that it would be advisable to deal with the French version of the Bill. This version uses new technology, which is used as the vehicle for concepts that are totally foreign to our legal vocabulary.

The members of the committee are aware of the fact that the second French version provided to them is an improvement over the first. Nevertheless, they note that it still contains a number of problems that lead them to conclude that the French version of the Bill should be totally reworked. It is essential to ensure that Parliament will adopt two versions of the same Act, and not two Acts—one in French and the other in English. In addition, Parliament should avoid discarding expressions that have been used correctly, in both the linguistic and the conceptual senses, for generations, these expressions having become necessary when a legal system first conceived in English is practised in French.

It is in this spirit that the Committee of the Canadian Bar Association—Bar of Quebec submits its comments to you, dealing first with the rules of evidence in criminal proceedings, and then approaching the question from the angle of the rules of evidence in civil proceedings.

I BILL S-33 AND THE CRIMINAL LAW

When the joint Committee of the Canadian Bar and the Quebec Bar was formed to study Bill S-33, the proposed Uniform Evidence Act for Canada, the members called a meeting of a number of lawyers of the Bar of Montreal, so as to obtain their comments on the Bill as a whole as well as on the individual provisions that appeared to the Committee to require specific comments. These notes have been prepared out of this consultation.

Because of the short time given to us, it goes without saying that we were unable to carry out a complete analysis of all the provisions of the Bill. We rather perceived our role as bringing to the study of those particular points of the Bill that are of undeniable significance the point of view of lawyers who appear in the Courts on a daily basis. In addition, the Canadian Bar Association had assigned the specific study of certain parts of the Bill to another group of lawyers, so that all the topics dealt with in the Bill would be covered.

It should be noted at the outset that the Committee is in no way questioning the need to bring together in one Act the various rules now found in legislation and the cases, which compose the law of evidence in criminal matters. The Committee understands perfectly the objectives of the Bill.

However, the manner in which these objectives are attained is not immune to certain criticisms that are, in the eyes of the Committee, of fundamental importance. Thus the information document published by the Department, "A proposal for a new Evidence Act" states in the clearest possible terms that the new Act is not intended to be a Code to cover all aspects of the law of evidence. That document also states that it was considered more desirable not to legislate in certain areas of law, but rather to permit the law to develop through the decisions of the Courts.

In the opinion of the Committee, this concept of the Bill is debatable, as we shall see in the first part. Moreover, the information document states that the changes made by the new Act to the rules of evidence themselves do not differ radically from the present law. This statement is not an accurate depiction of the reality of the situation. We shall see in the second part to what point the Bill effects numerous and substantial amendments to the present law, which amendments generally operate to the detriment of the rights of the accused.

PART I: GENERAL CONCEPT OF THE BILL

By denying that the Bill is an evidence code, it is undoubtedly intended that all the criticism to which the Law Reform Commission was subject for its 1976 code of evidence would be avoided. An *Evidence Act* is presented, defining a series of individual rules whose provisions may be understood only in relation to the common law, in the absence of a statement of principles to guide the Courts in interpreting the rules in the Act. However, the intent to codify the existing law is present throughout the Bill, and the codification of rules without principles on which they are based, or to which they are subject, cannot be carried out without risking the creation of distortion of which we shall see a number of striking examples.

Despite the broad scope of the Bill, it remains very incomplete.

The structure of the Bill

There is a paradox evident in the structure of the Bill. While the feeling shared by a majority of the profession that the law of evidence as developed by the common law is in a state of disorganisation such that it is very difficult

to find the sources of the law and determine its substance, may make legislation necessary, nevertheless one cannot but observe that the Bill has borrowed the structures of the common law and the rules in its case law without changing any aspect of them. Hearsay is just one example of this. The structure of the Bill is comparable, except for a few details, with that of the textbooks on the subject. First, we find a definition of hearsay, followed by the general rule excluding hearsay evidence, and finally a series of exceptions that are grouped together without any reference to the principle justifying the exceptions—the reliability of the evidence. Those who drafted the Bill thus indicated their wish to codify the rules of the common law down to their smallest details, but they have done so without bothering to rethink the fundamental rules and the reasons for these exceptions, or grouping the provisions on the basis of the principles set out in them in any comprehensible manner. The Committee feels that the effect of this structure on the concept of the content of the Bill is unfortunate.

The concept of the content of the Bill

Simply to transform the common law rules into statutory rules, without any statement in the Act at the same time of the principles on which these rules are based, is to diminish the common law. A rule that is transposed into a statutory context loses the flexibility that it has in a common law context. It also tends to become an end in itself, isolated from its context, and thus becomes absolute, even when in its common law source it was relative, and was valid only in relation to the principle that applied to the case. Two examples should be sufficient to illustrate this idea: they are found in ss 14 and 22.

Section 14 of the Bill reads as follows:

In a criminal proceeding, the court is not required to give the trier of fact any special direction or instruction on the burden of proof in relation to circumstantial evidence.

Leaving aside the innovative nature, to say the least, of the vocabulary used, at least in the French version, it may be noted that the rule in question is intended to express the modifications made by the Supreme Court of Canada in *Cooper*³ to the directions relating to circumstantial evidence.

The Supreme Court did not say that the Court was not required to give the trier of fact any special direction in relation to circumstantial evidence. Rather, what it said was that there is no sacred formula that must be used for circumstantial evidence. The Supreme Court pointed out that the important thing is that the trier of fact understand the fundamental rule of the presumption of innocence and of reasonable doubt, and that is the principle at issue in *Cooper*. Section 14 has been drafted in the negative, and so can only be understood by a reader who is familiar with the *Cooper* decision, and so the effect of s 14 is to lose sight of the principle that the Supreme Court intended to put forward in this decision. It is very possible that the evidence in a specific case may by its very nature require that the judge give special direction to the jury, in order that it may understand the principle of the presumption of innocence and how the reasonable doubt rule gives effect to that presumption. Section 14 does not set out this very important aspect of the *Cooper* decision, and the statutory formulation of the common law rule is thus without any doubt a derogation from the common law.

One more illustration of this effect, and one that is even more obvious, is found in s 122 of the Act. The effect of this section is to codify a common law rule stated by the Ontario Court of Appeal in *R v Davison, DeRosie and MacArthur*.⁴ This decision significantly changed the statement of Spence J of the Supreme Court of Canada in *R v Colpitts*.⁵ It should be noted that Spence J had stated that an accused who decides to testify in his own defence may be treated as an ordinary witness for the purposes of verifying his credibility on cross-examination. The Ontario Court of Appeal noted the absence of realism in this statement, because of the difficulty in presuming that the jury can in fact appreciate that the implications of the facts disclosed on cross-examination are limited to the matter of the credibility of the accused. It is in this context that Martin J referred to the specific situation of the accused, by virtue of which the Crown cannot rely in cross-examination on facts that would impugn the accused's character and that are of no relevance to the facts in dispute. The well-known exception, which we shall discuss later, is of course in relation to evidence of previous convictions, which are dealt with in s 12 of the *Evidence Act*.

The Ontario Court of Appeal added another exception to this one, the purpose of which is to permit the Crown to impugn the accused witness's character when the question of character is directly relevant for the purpose of proving the falsity of the accused's evidence.

If we now examine s 122 of the Bill, we find that the exception to the principle that "an accused shall not be cross-examined, solely for the purpose of challenging his credibility, as to his character, antecedents, associations, mode of life or participation in crimes" is stated in a way that can be interpreted much more broadly than the common law rule as stated by the Ontario Court of Appeal. The section in fact allows the Crown to give evidence of character if it is directly relevant to proving the falsity of the accused's evidence. Certainly, in the case in question, Martin J did use the word's "the accused's evidence", those being the words used in s 122. However, as was noted above, "the accused's evidence" in the context of the decision refers to the accused's testimony. This is not made clear in s 122. Either s 122 is intended to be interpreted without reference to the case law on which it is based, in which case it is an obvious enlargement on the rule of law, to the disadvantage of the accused, or s 122 must, to be understood in its true meaning, be understood on the basis of the common law rule it purports to set out.

Here again, it may be seen that the method in which the Act has been drafted distorts, if it doesn't actually derogate from the common law rules. As a result, the relative nature of the common law rules, which must always be considered in the context of the facts to which they have been applied, disappears once they are put into statutory form, a form that does not reflect the various shades that exist in the common law. As a result, they tend to become absolute, in the absence of a clear statement of the principle that justifies the rule and the reasons for the exception.

The incomplete nature of the Bill

A distinction must be made as clearly as possible between the non-exhaustive nature of an Act, as p 3 of the information document appears to intend when it explains that it was considered preferable not to legislate certain aspects of the law of evidence in order to permit the law to develop through the decisions of the Courts, and the omissions there may be in a Bill. Clearly, a Bill such as the one in question here that does not include statements of fundamental principles could not be exhaustive. On the other hand, the fact that a Bill is incomplete can create real problems. In this respect, we would refer, for example, to at least four matters that are of great importance in the law of evidence that do not appear in the Bill. These are the *voir dire*, dismissal, use of new evidence on appeal and the guilty plea.

The importance of the *voir dire* in the evidence system need not be argued. When the Court is required to verify facts in order to determine the admissibility of evidence or the competence of a witness to testify or the expert qualifications of a witness, there will be a *voir dire*. The cases demonstrate a number of difficulties in the evidence system in relation to the *voir dire* that do not require consideration here, but it should be noted that the Bill omits any reference to the general characteristics of the *voir dire*. The Bill deals with the *voir dire* exclusively in the context of statements by the accused. In particular, s 64 eliminates the need for a *voir dire* in relation to *res gestae*, s 65 prohibits cross-examination of the accused as to the truth of his statement, s 71 provides that the evidence adduced at the *voir dire* shall form part of the evidence in the preliminary inquiry, s 68 provides for waiving a *voir dire*, subs 116(2) for a *voir dire* during cross-examination of the accused on the statement and, finally, s 64 alters the burden of proof on the Crown on the question of whether the statement by the accused was made freely and voluntarily.

Thus what the Bill does is to give us a series of individual provisions that deal with the *voir dire* exclusively in relation to statements by the accused. However, there are problems relating to the burden of proof and the manner of adducing evidence to demonstrate the admissibility of evidence other than a statement by an accused, that a draft Evidence Act should deal with.

It is also surprising to note that the Bill makes no mention of the dismissal. This is an application in the law of the principle of *res judicata*, and in this respect is exclusively a problem of evidence, which poses great problems for Courts; an example may be found in the recent Supreme Court of Canada decision in *Gusho v R*.

The production of new evidence on appeal, now governed by s 610 of the Criminal Code, is itself essentially a question of the law of evidence.

Finally, and not the least of the gaps found in the Bill, is the absence of any provision relating to the guilty plea.

Under the heading "Formal Admissions", in ss 16 and 17, the Bill deals with admissions that may be made by the parties for the purpose of dispensing with proof by the adverse party. The modifications made by these sections to the present law may be disputed, in so far as they now make it possible to make admissions involving a question

of law. However, what we want to point out here is the significance attached by s 16 to partial admissions made by the parties, and particularly the accused, while the guilty plea, the admission *par excellence*, is completely omitted. The Criminal Code devotes three brief sections to this legal institution, which is of great importance in evidence in criminal proceedings, and which raises a host of problems in the case law. While we do not intend to give an exhaustive list of these problems, we wish to raise the following points:

- plea bargaining between the defence and the prosecution, including the validity of agreements between the parties;
- judicial control of the acceptability of a guilty plea, the nature and extent of this control, verification of the voluntary and informed nature of the plea and of its merits, the role of the lawyer, the conditions governing withdrawal of the plea and the effect on the validity, as an informal admission, of the guilty plea when it is withdrawn or decided to be unacceptable.

All these questions, which are of great importance in the law of evidence, are totally ignored in the Bill. The Committee can only express here its bewilderment at this omission.

Finally, the difficult question of the admissibility of similar facts, which raises a fundamental aspect of the concept of relevance, is simply ignored.

The concept of *res gestae* is defined exclusively in relation to statements that communicate facts or feelings, when the common law applies to the concept also the admissibility of conduct that is part of the event in issue.

To conclude, it appears that the general concept of the Bill suffers from several fundamental problems, and that its objective of simplifying the law runs serious risk of being compromised by the slavish reproduction of the structures of the common law, by the distortions that result from the statutory transcription of common law rules stripped of their context, and by the omissions in the Bill.

Part II: MODIFICATION OF THE PRESENT RULES TO THE DISADVANTAGE OF THE ACCUSED

Several provisions of the Bill include restrictions on rights that the accused now enjoys: the presumption of innocence, the right of the accused not to testify in his own defence, the right to a full and complete defence, the effect of prior statements, and burden of proof at a *voir dire* relating to a confession.

Presumption of innocence

It would undoubtedly be pointless to recall that the *Canadian Charter* enshrines the presumption of innocence (subs 11(d)), which is traditionally identified with the rule of reasonable doubt. Sections 10 to 15 of the Bill deal with this question, and there are three difficulties evident in those sections: first, there is a problem with the formulation of the rights in question; secondly, there is the question of whether it is advisable to put into legislation the proposed rules relating to the principle adopted in the *Canadian Charter*; and finally, there is the problem of how the rule set out in s 730 of the Criminal Code will fit into the overall system of criminal law. Without delving into the problems raised by the French version, the Committee notes that the formulation of the rules proposed by this section does not assist in comprehension. In this respect, the proposed provisions appear to the Committee to be a clear step backward from the formulation advocated in the Code prepared by the Law Reform Commission. The Commission avoided using formulae such as the “balance of probabilities” or “preponderance of evidence”, proposing instead a descriptive formulation of the intellectual phenomenon in question. For example, subs 12(5) of the Law Reform Commission’s Code of Evidence reads as follows:

(5) When an Act expressly provides that the accused has the burden of persuasion with respect to a defence, excuse or justification to a criminal offence, that burden is discharged if the trier of fact is satisfied that the existence of the defence, excuse or justification is more probable than its non existence.

On reading this provision, we note that the intellectual phenomenon that the expression “balance of probabilities” or “preponderance of probabilities” seeks, with a lack of precision, to express is defined in simple, concrete terms that are within the jury’s grasp without the judge having to define a technical expression. The formulation advocated in the Code of Evidence has another significant advantage: the burden of persuasion on the Crown is defined not only in relation to the essential elements of the offence, but it is also stated, as it is in the cases, to relate to the defences available to the accused.

The structure of the sections in the Bill also leave much to be desired in comparison with the structure of the Code of Evidence. For example, with respect to criminal proceedings, the Bill discusses the specific rules relating to the burden of proof, before setting out the more fundamental principle, the obvious one of the presumption of innocence. One might ask, in relation to the burden of persuasion, whether it is advisable to put into statutory form the formulae that place restrictions on the presumption of innocence, when at the same time there are legal disputes in progress concerning the interpretation of the Charter. Clearly, the Bill could not have the effect of validating, in relation to the Charter, any provision that would impose on the accused the burden of proving a fact in issue, by a preponderance of evidence. If a restriction on the presumption of innocence is not justified within the meaning of s 1 of the Charter, it is self-evident that a judge would not give effect to the restriction.⁷

There is one remaining aspect of the Bill that significantly modifies the present law. Subsection 12(1) operates to apply to all offences, whether they be criminal or summary conviction offences, the rule in s. 730 of the Criminal Code that has until now been limited to summary conviction offences. Moreover, subs. 12(2) explicitly states the effect of the provision: the presumption of innocence contained in that provision relates only to defences of general application, and not to specific defences provided in legislation.

Right of the accused not to testify

At least four provisions of the Bill operate to penalize the accused if he decides not to testify in his own defence. These provisions are innovations which are far from being justified in the Bill, particularly as the Bill recognizes the present law that the failure of an accused or the spouse of an accused to testify shall not be made the subject of comment by the court or by counsel for the prosecution (s. 94).

The provisions we refer to are subs. 62(2) relating to *res gestae*, s. 108 relating to the order of testimony, subs. 123(3) dealing with cross-examination of the accused on his previous convictions, and s. 95 dealing with the burden of proof on the accused.

Subsection 62(2) provides, in substance, that a statement made by the accused spontaneously and at the time of the event may not be received in evidence if the accused does not testify. The section provides that the accused cannot adduce such a statement by way of cross-examination of a witness who may have heard the statement. The purpose of this provision is clearly to avoid the effects of the decision of the Supreme Court of Canada in *Graham*.⁸ A majority of the judges of the Supreme Court held in that case that the accused could give evidence of the statement that he had made to the police at the time of his arrest for possession of stolen goods when he was in possession of stolen jewels. In the circumstances of this decision, the accused used the cross-examination of the police officer to put his exculpatory statement in evidence. The Court held that this statement was admissible on the basis that it was part of the *res gestae* since it was contemporaneous with the possession, which possession was a continuing offence. Of course, in circumstances of this type, it might be thought that an accused would have been free to prepare an explanation intended to clear himself in the event that he were arrested, which would amount to self-serving evidence, in the circumstances. It was clearly distrust of such evidence that led to the admissibility of such a statement being made subject to the obligation of the accused to testify. The provisions of the Bill contain an internal contradiction on this subject: on the one hand, the statement in question is admissible under para. 62(1)(i) if it was made by the accused spontaneously at the time the event in question occurred; on the other hand, regardless of whether it was spontaneous and contemporaneous with the event, it is not admissible if the accused does not testify. However, surely the decision of the Court that the statement is spontaneous is a sufficient guarantee of its truth. The Committee is of the opinion that the right of the accused not to testify in proceedings against him should not be compromised for the sole purpose of protecting the prosecution from what would appear to be a tactical advantage that could be used for the benefit of a certain type of accused, when the prosecution could rely on the doctrine of recent possession in the absence of the accused's statement.

Section 108, like the existing law, provides that the accused may call witnesses in any order he wishes, but also provides that the Court may comment to the jury as to the weight to be given to testimony by the accused that confirms testimony given earlier by one of his witnesses. This provision, contrary to the present law, has the effect of allowing the judge to prejudge the credibility of the accused on the basis of the sole fact that he testified before some one or more of his witnesses.⁹

This is a clear contradiction of the right of the accused to a full and complete defence and not to be required to testify in his own trial. These two principles together mean simply that the accused has the right to give a full and complete defence without testifying himself. Any rule that has the direct or indirect effect of forcing the accused to testify before his witnesses is a restriction on the right of the accused to provide a full and complete defence and the right not to testify. The effect of the rule is that the accused has to exercise his right to testify or not to testify even before his defence is completed. It would appear essential that the accused be able to reserve his decision as to whether he will testify until such time as he is able to have a full opportunity to hear the evidence. He has no control over the credibility of the witnesses that he decides to call, or over the effect of the testimony of such witnesses on the trier of fact. Considered in this way, section 108 clearly has the effect of penalizing the accused on the basis of the point at which he decides to exercise his right to testify.

The wording of the directions set out in s. 95 of the Bill, relating to the evidential burden on the accused to produce evidence to make his defence, includes references to the right of the accused not to testify in his defence that are unacceptable in the opinion of the Committee. First, the content of the directions is itself a comment on the decision of the accused not to testify, and such comment is contrary to the principle set out in s. 94 of the Bill.

Secondly, the cases have consistently held that the accused may discharge the evidential burden relating to a fact that is relevant to his defence without testifying himself. The Bill confuses this issue. Finally, the last provision of the direction, "if he does not testify, he runs the risk of not being able to defend the case (count(s) or charge(s)) against him", can mean only one thing to a jury: if the accused does not testify, he is guilty.

The effect of subs. 123(3) is to amend the present s. 12 of the *Evidence Act*. Section 12 puts an accused who testifies on the same footing as an ordinary witness with respect to cross-examination concerning previous convictions, which is used to test the credibility of a witness, including an accused who is testifying on his own behalf. The amendments to this section are necessary because of the dilemma in which an accused with a record is placed: either he does not testify if he wishes to avoid cross-examination on his previous convictions, with the resultant risk that the jury will hold his failure to testify against him; or he does testify, and runs the risk of having his record revealed to the jury. However, in the latter case, the judge must instruct the jury on its duty to limit its consideration of the previous convictions to the question of credibility alone.

Empirical studies described in the report by the working group when the Bill was drafted show that the direction cannot have the anticipated effect. It must be noted at the outset that the provisions of subs. 123(3) of the Bill are a guarantee of the rights of the accused against the dangers in the rule set out in the present s. 12. This amendment seems to be intended to encourage an accused who has a criminal record to testify. However, we must ask whether the protection envisaged is as effective as those who drafted the Bill assumed. Undoubtedly, previous convictions for perjury or for giving contradictory testimony are relevant to the witness's credibility. It is less clear, however, that an offence that includes fraud as an essential element is relevant. To isolate crimes "that include fraud as an essential element" as being of particular significance with respect to the accused's credibility is unfair at the least, not to mention the insurmountable difficulties that could arise in attempting to apply this concept. It must also be noted that the recommendation on which s. 123 of the Bill is based provoked strong disagreement within the working group, precisely for these reasons.

The right to a full and complete defence

At least three provisions of the Bill operate to restrict very seriously the right of the accused to a full and complete defence. They thus constitute innovations to present law, and can be justified neither in theory nor in practice. The first is s. 28, which limits the circumstances in which the accused may adduce evidence of a character trait of the complainant, and leads to a conflict when an accused relying on a legitimate defence is deemed to be putting in issue a character trait of the complainant; the second is ss. 80 to 85, governing alibis.

To a certain extent, s. 28 restates the present law, but it then goes much further. Contrary to present law, it permits an accused to prove a character trait of the complainant, if this trait is relevant to a matter in issue. For example, the complainant's propensity for violence is relevant to the fears that the accused may have and to a defence of self-defence raised by the accused against a charge of bodily harm or homicide. On the other hand, and contrary to the present law, s. 28 opens up the possibility that the Crown may prove a character trait of the accused,

when the accused adduces evidence of a character trait of the complainant or pleads self-defence. This innovation is limited by the conditions set out in s. 27 of the Bill, which provides that the prosecution may adduce evidence of any trait of an accused's character only if the court concludes that the accused has put his own character in issue by attacking the character of the complainant. These provisions are open to objections. The simple threat that if the accused pleads self-defence the prosecution may rebut it by adducing evidence of a trait of his character appears to the Committee to be an unjustified restriction on the accused's right to a full and complete defence.

There is consistent case law that late disclosure of an alibi may be taken into consideration by the trier of fact in determining what weight should be given to that defence. The case law authorizes the trier of law to bring this matter to the attention of the jury. The Bill goes much further, and makes substantial changes to the evidence of alibi, including an unjustifiable restriction on the right of an accused to a full and complete defence. In particular, s. 81 imposes an obligation on an accused who intends to present an alibi to inform the prosecution at the first reasonable opportunity of his intention to rely on an alibi, and to indicate his whereabouts at the time the offence was committed, and the names and addresses of the witnesses who can testify as to his presence at that place. An accused's failure to comply with this obligation makes him subject to the provisions of s. 83 of the Bill, which permits the Court or the adverse party to comment on the weight to be given to the alibi.

The Bill goes so far as to provide (subs 85(1)) that the failure of an accused to give the notice provided in s 81 within seven days after being committed for trial will render alibi evidence inadmissible. To remedy this situation, the prosecution must have consented to the accused presenting his defence, or the accused must convince the Court that it is admissible. There are two kinds of comments to be made on this provision. First, any changes to the present law governing the weight of alibi evidence cannot be justified unless it is shown that the present rules are inadequate. There is nothing on which such a conclusion could be based. On the contrary, it is well known that the defence of alibi is generally regarded with some distrust. In addition, the directions that the trier of law may give to the jury on the credibility of alibi witnesses are the direct result of this distrust. The present situation appears to provide sufficient safeguards to eliminate the risk of false alibis escaping detection by the Courts or notice by the jury. Even if there were really risks in the alibi defence that were difficult to control, it is the opinion of the Committee that the measures advocated in the Bill are an unwarranted restriction on the right of an accused to a full and complete defence. It is sufficient to note in this respect that an accused who fails to provide the details of his alibi within the time provided in the section loses the right to rely on that defence, unless the prosecution consents to his doing so. It is unconceivable that the accused's ability to present his alibi should depend on the goodwill of the prosecution. Moreover, failure by the accused to disclose his alibi before the trial may be attributable to a host of reasons unrelated to any attempt on his part to rely on a false alibi.

The implications of previous statements

Present law is that previous statements by a witness that are used to challenge or support the credibility of the witness are not evidence of the truth of the statements. Apart from a statement by an eye-witness out of court identifying the accused, which is admissible as evidence of its truth when the witness testifies (s 46 of the Bill), the only time when, according to present law, a previous statement by a witness that is used to challenge or support the witness' credibility can be proof of its content is when it is adopted by the witness during the testimony of that witness. This rule is codified by subs 120(a) of the Bill.

There are several provisions in the Bill that change the existing law in this respect; these are ss 48 and 115 to 121, which provide that a previous statement by a witness used for the purpose of challenging or supporting his credibility is evidence of the truth of the statement, to the extent that it was made by the witness under oath or solemn affirmation while available for cross-examination. The reasons used by those who drafted the Bill to support this change seem to be that the previous statement was made under oath and there was the opportunity to cross-examine. This reason is not convincing, if we consider the reasons on which they relied in support of their definition of the concept of hearsay. That definition, in s 2 of the Bill, provides that hearsay includes any statement, made by a witness or by a party, outside the Court in which the case is being heard, when the person was not under oath and was not subject to cross-examination. Paradoxically, the fact that the previous statement was made under oath and the witness was subject to cross-examination at the time of making the previous statement is now used to avoid the rule excluding hearsay evidence. It is felt that the safeguards offered by cross-examination in the past are

sufficient to replace the safeguards normally offered by cross-examination before the Court. This conclusion contradicts the rationale relied on in support of the definition of hearsay adopted in the Bill.

The privilege against self-crimination

The Bill includes several provisions that prejudice the interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides that everyone has the right not to have any incriminating evidence given to be used to incriminate him in any other proceedings except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence. For example, the words "used to incriminate him in any other proceedings" may quite well be interpreted to mean that testimony given under the privilege provided by the Charter may not be used against the witness, even for the sole purpose of challenging his credibility. The least that can be said in this respect is that the case law is not clear on this point at present. The draft Evidence Act prejudices the meaning of the constitutional provision. Specifically, s 163 provides that a statement by a witness that is inconsistent in a material particular with his present evidence may be received in evidence for the sole purpose of challenging his credibility. This provision obviously assumes that use of the previous testimony for the purpose of challenging credibility is not an incriminating use within the meaning of the provision of the Charter. The only argument that can be used in support of this interpretation is that preventing the prosecution from using the previous testimony to challenge the credibility of an accused witness would permit the accused to lie at his trial with impunity. However, to take the contrary position, it may be argued that the accused cannot act with total impunity, since in any event, and by virtue of the provisions of the Charter itself, the testimony in question may be used in a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence. Since these are the only two exceptions expressly set out in the Charter, this interpretation lends support to the theory that the statement may not be used even for the sole purpose of discrediting the witness. Of course, given the present situation, it is impossible to settle this question one way or the other. On this point, the Committee would note that the danger that differences between the wording of the Bill and that of the Charter will become a source of futile and frustrating litigation.

Burden of proof at the voir dire

Section 64 of the Bill provides that the burden of proof on the prosecution to prove that a confession was voluntary is on the balance of probabilities. It is well established law that the rule of reasonable doubt applies to a determination of whether a confession is voluntary. It should be noted that the working group decided in favour of retaining the present rule of law. The Bill contains a further serious restriction on the rights of the accused. Those who favour this provision appear to be ignoring the very specific nature of the role a confession may play in the criminal process. While the Supreme Court has in recent years given a technical meaning to the confession, so that it includes statements that are not necessarily in the nature of an admission of guilt, nevertheless in the great majority of cases confessions used in evidence against an accused are in the nature of an admission of guilt. Evidence of a confession may therefore by itself justify a guilty verdict, and so it is important that there be specific safeguards on the conditions which determine whether it is admissible. It is disconcerting to note that with the stroke of a pen a rule that has developed through the wisdom and experience of the Courts has been set aside. A confession is also evidence of a specific kind because of the circumstances in which it was obtained. It must be recalled that at the *voir dire* the accused is often alone in citing reasons to doubt that his statement was voluntary, facing a whole series of police witnesses alleging, to the contrary, that the statement was voluntary. It would seem that if there is a reasonable doubt at the conclusion of the *voir dire* as to whether the accused made the statement in question without being influenced by promises or threats made by a person in authority, that should be sufficient reason to prevent the prosecution from using it in evidence against the accused.

II—Bill S-33 and Civil Law in Quebec

As we have noted, the fundamental difficulty lies in the fact that the Bill changes the rules of civil law that have applied until now to questions of evidence in Quebec.

Before making such changes, the Department of Justice should have conducted a thorough study of the impact that the civil aspects of the Bill would have in Quebec, by distributing a white paper or by organizing working

sessions of the kind held by the Law Reform Commission relating to its project, or by requesting that the Quebec Bar organize such sessions for it.

Similarly, our Committee should have conducted a general consultation process with lawyers in Quebec, in order to do the work merited by the significance of the subject.

Here again, we have had to go directly to the essential points, in the hope that before it is too late there will be such a consultation process and a more detailed study can be made.

While all new legislation is to some extent a leap into unknown territory, nevertheless, to govern one must foresee, and before the proposed legislation is enacted we would submit that there should be an attempt to foresee as far as possible what effect there will be on those who will have to use it daily in Quebec.

The structure of the working group that developed the code adopted by the Uniform Law Conference of Canada, the general orientation of the group's work, the kind of discussion found in its report and the very structure of the Bill make it clear that the duality of the legal systems in Canada that results from the specific nature of the civil law heritage in Quebec was not given any particular attention.

For example, nowhere is there any reference to the concern expressed by the Law Reform Commission, at p 106 of its report on evidence:

The existing *Canada Evidence Act* prescribes rules of evidence for criminal proceedings and proceedings before the Federal Court and for appeals to the Supreme Court from these. Under subsection (1), the Code is given the same application. The Code has not been extended to such matters of federal jurisdiction as divorce, patents, bills of exchange, patents and bankruptcy because, apart from problems of dertermining constitutional boundaries in cases arising before provincial courts, these matters must frequently be dealt with in conjunction with matters over which the provinces have exclusive jurisdiction. For example, a person may in the same action seek both a contractual remedy and one under the *Bills of Exchange Act*. To avoid the possibility of two sets of evidence rules, federal and provincial, applying in the same action, the Code was not made applicable to these proceedings.¹⁰

Moreover, the wisdom of uniting the rules of evidence in civil and criminal proceedings in one piece of legislation—particularly in the Quebec context—is far from obvious.

This mixture of common law concepts (badly translated into French), that had to be maintained for criminal law, with rules of evidence for civil proceedings results in a dense and difficult text with significant problems of interpretation. For example, we may ask who should give the directions referred to in s 8 to the trier of fact in jurisdictions where there are no longer civil jury trials.

In addition, there is a particular problem in interpreting s 3 in the province of Quebec. The difficulty arises from the way the texts and the cases have interpreted s 2 of the present *Canada Evidence Act*, which reads as follows:

2. This Part applies to all criminal proceedings, and to all civil proceedings and other matters whatever respecting which the Parliament of Canada has jurisdiction in this behalf.

The similarity between this provision and the provisions of s 3 of the Bill is noticeable, and so it is very likely that the Courts would interpret s 3 in the same manner. If this were so, the result would be that the new *Evidence Act* would apply to all cases heard in the Courts in Quebec that are under the jurisdiction of Parliament, except for cases in which an express provision of a particular Act would make the new Act inapplicable, such as would be the case in divorce proceedings.

Both the texts and the present case law state that the present *Canada Evidence Act* takes precedence over the rules of Quebec law in all civil proceedings within federal jurisdiction that are heard in the Quebec Courts. Thus in *Dame Lortie v Perras*,¹¹ the Court of Appeal of Quebec, referring to s 2 of the *Canada Evidence Act*, added the following:

(Trans) Whereas Parliament by this formal legislative provision gave precedence to the Evidence Act in all matters and proceedings over which it has competence and jurisdiction whereas no specific legislation enacted by Parliament may derogate from the Evidence Act unless such specific legislation does so in a formal manner;

Whereas ss 41, 121 and 148 of the Bankruptcy Act do not contain such a specific derogation, and as a result the Canada Evidence Act must apply;

The Court, applying s 4 of the *Canada Evidence Act*, found that the wife of a bankrupt may not be compelled to testify in the bankruptcy of her husband.

More recently, the Provincial Court found that in proceedings relating to bills of exchange the *Canada Evidence Act* applies (*Banque provinciale du Canada v Poulin*).¹²

In this case, a Bank was permitted, on the basis of s 29 of the Act, to use entries in its books to prove payments that interrupted the limitation period, when such evidence would have been prohibited if the Quebec law set out in Arts 1227 and 1229 of the Civil Code had applied.

This decision is in accordance with the texts, which indicate that in proceedings relating to bills of exchange the *Canada Evidence Act* takes precedence over the rules of the Civil Code.¹³

More generally, O S Tyndale, later Chief Justice of the Superior Court, in a short article published in the *Bar Review*, expressed the following opinion:

It accordingly appears that in all civil (including commercial) matters with respect to which the Dominion has legislative authority the law of Quebec will apply, unless there is a relevant provision in the Canada Evidence Act (or in some other Federal Statute applicable to the case), in which event the latter will prevail.¹⁴

It should be noted that in the common law provinces the question of the applicability of the *Canada Evidence Act* in civil proceedings within federal jurisdiction appears to have been of little concern to the Courts and the authors. To our knowledge, the subject has only been discussed *obiter* by Killam J in *The Queen v Douglas*.¹⁵

I cannot agree with the contention of counsel for the prisoner, that The Canada Evidence Act, 1893, applies to actions upon promissory notes or other subject matters respecting which the Parliament of Canada may similarly make laws. It is the Provincial Legislatures which are to make laws for regulating procedure in civil actions generally in the Provincial Courts, including actions upon bills of exchange and promissory notes, &c.

It should be noted that the opinion of Killam J is contrary to the opinion generally accepted in Quebec, which we discussed above. It may be because the common law bar is unaware of the interpretation of s 2 of the *Canada Evidence Act* adopted by Quebec courts and the Quebec bar that some believe that s 3 of the Bill presents no problem. This may be the explanation of the statement made by Mr Ewaschuck before the Senate Committee, that s 2 of the *Canada Evidence Act* presented no problems, and that there would be no problems¹⁶ with s 3 of the Bill.

In order to avoid any ambiguity, we recommend that if the scope of the Bill cannot be better defined so as to specify that it applies only to criminal proceedings, it should be clearly stated that the Evidence Act does not apply to proceedings within federal jurisdiction that are brought in provincial Courts, except for proceedings under Part IX, dealing with disclosure of government information. Such clarification is necessary to avoid having a system of provincial rules of evidence and a system of federal rules of evidence both of which may apply to the same action. It should be noted that this was the reason that the Law Reform Commission had proposed that its draft code of evidence not apply to proceedings within federal jurisdiction heard in provincial Courts.¹⁷

We also know that the Law Reform Commission of Canada proposed that the division between federal and provincial law be made on the basis of the Court in which a case is heard, and that therefore provincial law would apply in provincial Courts and federal law would apply in Federal Court. This approach is not totally acceptable to the Committee.

In so far as the Federal Courts has concurrent jurisdiction in certain areas with the provincial Courts, the possibility that the outcome of an action could depend on the system of evidence that applies in one of the Courts hearing an action would have to be avoided. This could be the result if the Commission's approach were adopted. Since a right only exists where it can be proved in law, it is obviously desirable that the system of evidence should not substantially vary from Court to Court.

For this reason, we suggest that there be provision that Parts I to III would not apply to proceedings brought in Federal Court when the Federal Court is exercising jurisdiction concurrent to that of the provincial Courts.

Moreover, since the variations between provincial law and the rules set out in Part IV *et seq* of the Bill are not significant, there would be no major disadvantage in having these rules apply to all cases heard in Federal Court.

By way of conclusion to this part of our brief, the Committee wishes to point out that the Conference expected that its draft Act would be enacted by both Parliament and the provincial legislatures.

Otherwise, the comments in paras 1.7, 1.8 and 1.9 would make no sense. We must reach the same conclusion on reading certain sections of its draft Act, particularly the "Comment" on s 1 (Report, p 623), the parentheses to s 2 (p 623) and s 5 (p 624), and the English version of s 6 (p 624).

The preface to the Report states this principle:

"Il était évident en effet qu'une telle conclusion lui imposerait la lourde charge de réaliser un projet de loi uniforme à soumettre au Parlement du Canada et aux législatures des provinces, d'où toute une série de tâches à accomplir: cerner et approfondir l'état du droit en la matière, étudier les règles appliquées dans les provinces, analyser et comparer les décisions judiciaires qui les mettent en œuvre, déterminer les cas de conflit et, enfin, faire les recommandations voulues pour l'édition d'un texte uniforme et harmonisé."

Moreover, the Conference's mandate, set out at p 1 of the Report, is quite clear:

"Son mandat était le suivant:

Favoriser l'uniformisation des règles provinciales et fédérales de preuve et, à cet effet . . ."

If Parliament were to act alone in enacting Bill S-33, the mandate of the Conference itself, which is supposedly being enacted in the Bill, as well as the very spirit of its Report, would be betrayed.

The coexistence of rules of evidence for proceedings within the jurisdiction of Parliament (these being the headings in s 91 of the BNA Act) that are different from the rules for other proceedings can only cause widespread confusion, which in certain cases would amount to absurdity, and would certainly complicate for no reason what was supposed to be simplification, by increasing the length and cost of proceedings that are already long and costly for the parties.

The French version:

Since the Canadian Bar Association made its preliminary comments to the Senate, a draft revised version prepared unofficially by the legislation section of the Justice Department has been submitted to us.

This revision contains a number of improvements that we wish to note at the outset.

However, the Bill still reflects what appears to be inflexible resistance respecting certain terms that had previously been used by the Uniform Law Conference of Canada.

For example, the very title of the Bill is misleading. The provisions of Bill S-33 do not in fact "give effect . . . to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada", because the French version of the Bill and the French version of the Conference's draft Act are substantially different.

For example, s 14 of the French version of the Conference's draft uses the expression "preuve circonstancielle" for "circumstantial evidence", while the first version of S-33 uses "preuve indirecte" and the draft revision uses the words "preuve par concordance d'indices".

Section 10 of the Conference's draft renders the expression "reasonably . . . could find that the fact in issue had been established beyond a reasonable doubt" by "pourrait être convaincu au-delà du doute raisonnable".

The first version of S-33 translates "beyond a reasonable doubt" as "avec une quasi certitude", and the draft revision now refers to "conclure hors de tout doute".

This fundamental common law concept that doubt should not be capricious or arbitrary, but must be *reasonable*, is totally absent from the French version.

Another example: the expression "discharge" was not defined in the Conference draft. In Bill S-33, it is added to the definitions, by specific reference to s 662.1 of the Criminal Code. The Code translates "discharge" as "libération". The first French version of S-33 uses the expression "mise en liberté", and the second uses the expression "absolution".

Rather than similarity with the text on which it is based, the Criminal Code, we find further difference created.

Section 18 also shows a desire to diverge from terminology that is well known. The text reads as follows: "Le tribunal admet d'office l'*authenticité* . . .".

The Conference draft translates the expression "judicial notice shall be taken of the following without production or proof" as "le tribunal prend d'office connaissance . . .".

Bill S-33 introduces a concept that has nothing to do in law with judicial notice, when it refers to the authenticity of documents. The expressions used in the Code refer to two very different matters.

Within the limitations of this presentation, we cannot discuss all the problems. We must be content to reiterate the importance that the two versions set out the same intention of Parliament, and the importance of the fact that any change of vocabulary should be made with the greatest caution, because it could well result in a change of the law not intended by Parliament.

In this spirit, with patience and humility, we must be ready to start over at the beginning with the job of conferring with Judges and lawyers in Quebec who are the people most sensitive to the problems raised here, because it is they who are most often required to "work" simultaneously with the two versions of legislation.

GENERAL RECOMMENDATIONS

1. That the Bill in its present form be withdrawn;
2. That there be a general consultation with Canadian legal experts (Judges and lawyers) to be organized as soon as possible, and that the Canadian Bar Association make this one of the major themes of its next congress;
3. That a more specific consultation be organized with Quebec legal experts (Judges and lawyers) to obtain their views as to the effects that general legislation on evidence in civil proceedings within federal jurisdiction could have on the practice of law in Quebec;
4. In view of the preceding comments respecting criminal proceedings, the Quebec Bar is strongly opposed to the Bill being enacted as it is, because it substantially changes the rights of the accused;
5. That the French version of any draft Evidence Act that may be submitted to Parliament be reviewed by a group of legal experts (teachers, Judges and practitioners) in Quebec in order to ensure that the intent of Parliament is the same in both of the languages in which it is expressed.

NOTES

1. *Bill S-33*, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, first reading 18 November 1982.
2. RSC 1970, 1st supp, Ch 23.
3. *R v Cooper*, (1978) RSC 860.
4. *R v Davidson, DeRosie and MacArthur*, (1975) 20 CCC.
5. *R v Colpitts*, (1965) RSC 739.
6. *Gushue v R*, (1980) 1 RSC 798.
7. See *R v Oakes*, Court of Appeal of Ontario, February 1983, under appeal to the Supreme Court of Canada.
8. *R v Graham*, (1974) SCR 206.
9. *R v Smuk*, (1971) 3 CCC (2d) 457 (BCCA)
10. Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence*, Department of Supply and Services Canada, (1977) p 121.
11. *Dame Lortie v Perras*, (1954) BR 568.
12. *Banque provinciale du Canada v Poulin*, JE 80-509, CP Montreal, 500-02-019240-790, May 6, 1980.
13. A Gérin-Lajoie, «Quelle loi s'applique en matière de preuve relativement aux effets de commerce», (1926-27) 5 *Revue de droit* 430-440; A Perrault, *Traité de droit commercial*, Vol I, Montreal, Albert Lévesque, 1936, pp 206-210.

14. O S Tyndale, "Notes on the Canada Evidence Act in Quebec", (1942) 2 R du B 115.

15. *The Queen v Douglas*, (1898) CCC 221 at 228.

16. Proceedings of the Senate standing committee on legal and constitutional affairs, Thursday, April 21, 1983, section 52, p 52:23

17. Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence*, p 121.

SUPPLEMENT TO APPENDIX 66-A

The effects of enacting Bill S-33 on the rules of evidence in the Courts of Quebec in proceedings under federal legislation.

The proceedings to which the draft federal Evidence Act would apply are defined in s 3 as follows:

Subject to sections 4 and 5, this Act applies to every proceeding and stage of a proceeding within the jurisdiction of the Parliament of Canada that is before a court or that is held for the purpose of taking evidence pursuant to a court order.

If the Courts are to interpret this provision as broadly as the Court of Appeal did, in considering s 2 of the present *Evidence Act*, the result will be a system of rules of evidence, in all proceedings within federal jurisdiction heard before the Quebec Courts, with the following characteristics:

1. On the basis of priority, the federal *Evidence Act* would apply, unless there were a provision to the contrary in that Act or another federal Act (s 3);
2. The rules of evidence in effect in the province in which a proceeding took place would apply to supplement the federal rules, but only to the extent that they are not inconsistent with a provision of the federal *Evidence Act* or another Act of the Parliament of Canada (s 6).

Although in theory it could be said that the reform would change nothing, since this is the situation under the present federal *Evidence Act*, in practice, it would create wide-spread confusion. The present *Evidence Act* contains very few provisions, so that in practical terms it is provincial legislation that applies to proceedings within federal jurisdiction. Even though the proposed reform is presented as a draft Act and not as a draft Code, it contains a large number of provisions that could conflict with the rules of evidence followed in Quebec.

Enactment of Bill S-33 would result in a curious paradox: an Act that is intended to bring uniformity to the rules of evidence would have precisely the opposite result, since it would result in the creation of two systems of evidence in Quebec: the Quebec system, to be applied in provincial proceedings, and a special system to be applied in federal proceedings.

Once we establish a dual system of rules of evidence, we will be faced with the problem of precisely defining the areas to which each applies. This situation will certainly arise if this Bill is enacted. In addition to the difficulty of attempting to define precisely in each case whether the proceedings are under federal or provincial law, there will be the necessity of settling the problem of what happens when the Court must deal with questions under both federal and provincial law in a single action. The Court could then have to apply the two systems in parallel, with all the complications that such a situation would engender.

Moreover, if we set up such a dual system, we will have to avoid drifting into incoherence and adopting rules that require the Court to switch from one system to the other in order to decide a single case. This is just what would occur under the proposed Act each time that an examination for discovery is held in a proceeding under a federal Act. According to subs 4(1), the federal *Evidence Act* will not apply to an examination for discovery, and the provincial law would then apply, so that it would be possible for certain evidence to be found inadmissible under provincial law at an examination for discovery and then admitted at the trial under federal law. Such a situation appears even more absurd when we consider that Art. 396 of the Code of Civil Procedure provides that depositions taken at the examination for discovery are part of the evidence on the same basis as depositions taken at the trial.

As we said above, assuming that s 3 of the proposed Act would be broadly interpreted, a great number of Quebec rules of law would undeniably cease to apply in federal proceedings in the Quebec Courts. The impact of this Act on the law of evidence in Quebec may be understood by examining both the substantive and the procedural rules of evidence that would be affected.

It should be noted that in Quebec law there are two distinct categories of rules of evidence: substantive rules and procedural rules. The first are found in the Civil Code, and the second in the Code of Civil Procedure. Substantive rules deal with the following matters: the subject-matter of the evidence, the burden of proof, types of evidence and the admissibility of evidence. The procedural rules of evidence concern the presentation of various types of evidence during a trial.

I Substantive rules of evidence in Quebec affected by the proposed federal Evidence Act

With respect to the general principles of the law of evidence, the federal Act governs the burden of proof (ss 8 and 9), codifies the rule of relevance (s 22) and provides for judicial notice (ss 18 to 21, 177 and 178). In these areas, the federal Act must be given priority, and will moreover render inoperative the corresponding rules in provincial law. It should be noted, for example, that Art 1203 of the Civil Code dealing with the burden of proof is drafted in very different terms from s 9 of the federal Act, which deals with the same subject matter. While s 9 appears to place the entire burden of convincing the Court on the plaintiff, Art 1203 CC divides the burden of proof between the plaintiff and the defendant.

It should be noted that the Civil Code recognizes four types of evidence: writings, admissions, presumptions and testimony. In addition, several provisions of the Code of Civil Procedure recognize that physical evidence may be admitted.

The proposed Evidence Act undeniably makes a number of changes to the rules in the Civil Code respecting types of evidence. We shall consider the main changes.

1. Authentic writings

The Civil Code recognizes the probative value of authentic writings, that is, writings received by public officers. These writings are evidence, unless they are denied through a special procedure referred to as an improbation, of any fact that the public officer is empowered to attest to. Evidence of an authentic document is given by producing a copy delivered by the legal depositary of the original. The proposed Evidence Act provides for no particular probative value to be given to authentic writings. Moreover, according to subs 139(2), a party could not use in evidence a copy of a notarized act without giving at least seven days notice of the intention to do so to the other parties.

2. The system of registers and domestic papers would be completely changed by the system of documents in the public or private sector provided in ss 152 to 158 of the draft Act.

In this respect, the very extraordinary implications of s 157, which provides that a business record of a financial institution is presumed to be correct, should be noted. Under this section, a bank's statement of account, sent to its customer, is presumed to be correct, and the burden is on the customer to prove that it is in error. This provision is contrary to the principle of civil law that no one may set themselves outside the law.

3. Section 16 provides for formal admissions on questions of law, while in provincial law admissions are permitted only on questions of fact.

4. Under Quebec law, extra-judicial admissions are an independent form of evidence.

Extra-judicial admissions, however, are peculiar in that they must be proved. Evidence of such admissions must comply with the requirements of Art 1244, which prohibits testimonial evidence of an extra-judicial admission when such admission concerns facts that cannot be proved by testimonial evidence. The proposed Act deals with extra-judicial admissions as an exception to the hearsay rule, and appears to authorize testimonial evidence of such an admission in all cases (ss 57 *et seq*).

5. The Bill gives weight to certain prior judicial decisions (ss 74-79), while under Quebec law such decisions would have no weight.

With respect to the rules concerning the admissibility of evidence, the prevailing principle recognized in the proposed Act is the rule of relevance set out in s. 22. However, this section recognizes that effect must be given to any rule excluding evidence "pursuant to the Canadian Charter of Rights and Freedoms, this Act or any other Act or law". On the basis of s 6, it might be thought that the rules of Quebec law relating to the admissibility of evidence would apply to supplement this rule. Because these provisions are not of a supplementary nature, they would be inoperative each time they were inconsistent with an express provision of the federal Evidence Act. Thus

the entire Quebec system relating to hearsay evidence would be inoperative, and would give way to the special provisions of the Bill, found in ss 45 to 73. Similarly, the Quebec version of the best evidence rule would be replaced by the particular version in ss 130 to 138 of the Bill.

As we have seen, the proposed Act makes significant changes to the substantive rules of the Quebec law of evidence, but these changes are minimal in comparison to the changes to the procedural rules of evidence. The federal Act deals with such a large number of matters relating to procedure that there is little room left for the use of the rules in the Code of Civil Procedure. Thus, for all practical purposes, the rules relating to the examination of witnesses (Arts 293 to 323 CCP) would be replaced by the rules in the Bill. Among the matters that are regulated specifically in the proposed Act are the following:

1. The respective roles of the judge and the parties (ss 100 to 102);
2. Exclusion of witnesses (s 107);
3. Rules concerning competence and compellability of witnesses (ss 86 to 94)
Including rules relating to spousal privilege (ss 166 to 174) and the protection of witnesses against giving incriminating evidence (161 to 164);
4. The subject matter of the testimony: opinion evidence (ss 33 to 39);
5. The weight of evidence in the absence of corroboration (s 125);
6. Credibility of witnesses (ss 104 and 105; 115 to 124);
7. The manner of giving testimony
—the system of oaths is changed (ss 96 to 99);
—regulation of cross-examination of the witness (ss 101 to 104);
8. Institution of a specific system for statements by experts (ss 37 and 38);
9. Specific rules concerning a witness who is unable to recall fully a matter or who has used a writing or an object to recall it (ss 110 to 114);
10. Rules relating to interpreters and translators (ss 126 to 129).

In addition to almost completely covering the area of the examination of witnesses in court, the proposed Act provides for a specific system for the use of statements by experts (ss 40 to 44), which would have the effect of rendering Arts 414 to 425 CCP, which also deal with such statements and references to auditors or practioners, inoperative.

As may be seen, it is not an exaggeration to state that if s 3 of the proposed Evidence Act is to be broadly interpreted, it will result in the establishment of dual systems for the law of evidence in the province of Quebec, with all the disadvantages that would necessarily result from such a situation.

Léo Ducharme.

Ottawa, June 8, 1983.

APPENDICE «66-A»

Mémoire sur le projet
de loi S-33
(Loi sur la preuve)

Le 1^{er} Juin 1983



L'Association du Barreau canadien



Barreau du Québec

Montréal, le 1er juin 1983

M. le bâtonnier Louis LeBel
Barreau du Québec
Palais de justice
Bureau 9.80
1 est, rue Notre-Dame
Montréal, P.Q.
H2Y 1B6

Me L. Yves Fortier, c.r.
Président
Association du Barreau Canadien
Suite 1700
130, Albert
Ottawa, Ontario
K1P 5G4

OBJET: Rapport du Comité conjoint As-
 sociation du Barreau canadien
 - Barreau du Québec sur le
 projet de loi S-33
 (Loi sur la preuve)

Chers confrères,

Nous avons l'honneur de vous transmettre le rapport du Comité conjoint Barreau du Québec - Barreau canadien sur le projet de loi S-33 concernant la preuve au Canada.

Nous tenons d'abord à vous remercier de la confiance que vous nous avez témoignée en nous demandant de participer au nom du Barreau canadien et du Barreau du Québec à l'élaboration de la prise de position officielle de ces deux organismes.

Il nous faut cependant déplorer de ne pas avoir eu le temps nécessaire pour procéder à une étude plus poussée et à une consultation plus étendue, dignes de l'ampleur et de l'importance de la législation proposée et nous ne pouvons qu'exprimer le souhait que les promoteurs du projet nous accordent à tous - et s'accordent à eux-mêmes - un temps additionnel de réflexion.

M. le bâtonnier Louis LeBel,
Me L. Yves Fortier, c.r.

Après dix ans de travaux sur la preuve, il est difficile de soutenir qu'il y a soudainement une urgence telle que des personnes dont l'avis serait susceptible d'améliorer le projet ne puissent avoir l'occasion d'apporter leur contribution.

Il est également important de faire la mise au point suivante: le rapport de notre Comité, dans sa partie traitant des dimensions pénales du projet, ne traite que des points sur lesquels il lui a été possible de recueillir l'avis de quelques avocats - par ailleurs éminents - qui ont pu trouver le temps de le rencontrer.

Il est certain devant l'intérêt manifesté par eux qu'un délai un peu plus long aurait permis un échantillonnage plus représentatif de la profession.

C'est pour ces mêmes raisons que nous avons été contraints d'aborder le projet de loi de façon thématique de manière à dégager des exemples particulièrement significatifs tout en étant conscients qu'une étude systématique du projet de loi s'impose.

En ce qui concerne l'aspect civil, il a encore été plus difficile d'organiser une consultation valable, le projet étant à peu près inconnu des praticiens civilistes du Québec.

Nous avons quand même réussi à réunir un certain nombre de personnes qui n'ont pu que confirmer les craintes que nous avons déjà quant aux problèmes que le projet de loi S-33 pourrait causer aux membres du Barreau pratiquant en matière civile, et aux justiciables eux-mêmes.

Nous avons donc dû nous limiter à pointer du doigt la direction dans laquelle une étude et une consultation plus poussées devraient s'orienter.

Nous tenons à remercier de leur précieuse contribution les personnes suivantes qui ont accepté à pied levé de participer à notre effort de réflexion:

- Me Léo Ducharme, c.r., professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa;
- Me Harvey W. Yarosky

M. le bâtonnier Louis LeBel
Me L. Yves Fortier, c.r.

- Me Morris J. Fish
- Me François Daviault
- Me Pierre Poupert
- Me Jean-Claude Hébert
- Me Yves Bériault

A ces généreuses personnes un merci bien sincère et l'espoir que le législateur leur donnera la chance de réaliser le voeu exprimé par elles de pousser plus loin et plus à fond l'étude du projet de loi.

Un merci tout particulier à notre dévoué secrétaire, Me Gustave Hébert, du service de recherche au Barreau du Québec, qui a dû souvent mettre les bouchées doubles. Sans lui, et le personnel de soutien qui l'a entouré, M. le Président et M. le Bâtonnier, nous n'aurions jamais pu remettre ce travail à l'intérieur de l'échéancier qui nous était imposé.

Nous exprimons l'espoir que le travail ci-joint pourra vous être de quelque utilité et nous vous prions d'agréer, M. le président et M. le Bâtonnier, l'expression de notre haute considération.

LE COMITÉ CONJOINT
ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN -
BARREAU DU QUÉBEC SUR LE PROJET
DE LOI S-33

Me Gerald R. Tremblay, président
Mme le professeur Gisèle Côté Harper
M. le professeur Jacques Fortin
L'Honorable André Nadeau, c.r.
L'Honorable juge Melvin Rothman, J.C.S.

par:


Gerald R. Tremblay

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN - BARREAU DU QUÉBEC

MÉMOIRE

SUR

LE PROJET DE LOI S-33

(LOI SUR LA PREUVE)

LE 1er JUIN 1983

Le comité Association du Barreau Canadien - Barreau du Québec sur le projet de loi S-33 (Loi sur la preuve)

Mes Gérald R. Tremblay, président

Gisèle Côté Harper

Jacques Fortin

André Nadeau

M. le juge Melvin Rothman

Me Gustave Hébert, secrétaire

Service de recherche, Barreau du Québec

Dépôt légal - 2e trimestre 1983

INTRODUCTION

Le projet de loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, a été déposé devant le Sénat canadien au cours du mois de novembre 1982. Ce projet de loi, bien qu'étant l'aboutissement d'un cheminement de quelques années, n'a pas, dans sa forme actuelle, fait l'objet de consultations préalables auprès de l'ensemble de la profession.

Pour s'assurer que la perspective du Québec soit clairement identifiée face à ce projet, un comité Barreau du Québec - Association du Barreau canadien fut mis sur pied. Ce comité tout en s'inscrivant dans l'ensemble des travaux effectués par d'autres comités de l'Association du Barreau canadien, veut présenter les vues particulières du Québec sur cette question.

Ceci dit, vu l'impossibilité physique de procéder à une consultation plus large dans le délai très court qui leur était donné, les membres du comité ont procédé à l'étude de ce projet en ayant recours à des avocats qui ont accepté d'apporter leur expérience considérable soit en droit civil, soit en droit criminel, et ont étudié avec le comité ce texte pour y déceler l'impact qu'il pourrait avoir sur l'exercice de la profession d'avocat au Québec.

En dépit de ces efforts déployés sur une très courte période de temps, il apparaît opportun de signaler que ce document ne se présente d'aucune façon comme étant le reflet d'une étude exhaustive de tous les articles et de toutes les conséquences de l'adoption de ce projet. Le comité n'a fait que repérer ce qui lui semblait le plus répré-

hensible, assuré qu'une période de réflexion et de consultation supplémentaire aurait contribué à élargir l'éventail des commentaires sur le projet de loi en question.

Il est clair lorsqu'on parcourt le projet de Loi S-33 que ce projet traite à la fois de droit pénal et de droit civil. Nos préoccupations relatives au droit pénal rejoignent à plusieurs égards celles des juristes de tout le Canada quelle que soit leur province d'origine. Nous traiterons plus loin dans le texte des divers aspects criminels du projet qui ont particulièrement retenu notre attention.

Il est cependant essentiel de souligner dès le point de départ le caractère tout à fait unique, en ce qui concerne le Québec, des aspects civils de ce projet de loi.

En effet depuis toujours au Québec, le droit de la preuve est celui - sauf exceptions mineures - qui est régi par les dispositions de notre Code civil et de notre Code de procédure civile. Il est important de noter que ces dispositions visent non seulement des règles de procédure, mais également des règles de fond, et ce quel que soit le tribunal auquel on s'adresse, et quel que soit le domaine de compétence législative en cause. En d'autres termes, même si à l'occasion d'un procès, la solution du litige nécessitait la preuve de faits menant à l'application d'une loi fédérale, la preuve de ces faits suivait les règles de notre droit civil. L'unité et la cohérence qui en résultaient ne pouvaient qu'être bénéfiques, les mêmes règles s'appliquant devant tous les tribunaux y compris la Cour fédérale.

Or, le projet de loi S-33, s'il est adopté tel quel, aura pour effet de provoquer un changement majeur à cet égard.

En effet, l'article 3 se lit comme suit :

"Sous réserve des articles 4 et 5, la présente loi s'applique aux procédures ou actes de procédure de compétence fédérale en instance devant les tribunaux ou destinés à recueillir des éléments de preuve sur ordonnance judiciaire." 1

En lisant ce texte en même temps que l'article 6 du projet et la définition de tribunal que l'on y retrouve à l'article 1, on ne peut faire autrement que de conclure qu'à toutes les fois qu'une loi fédérale sera en cause dans une procédure civile devant n'importe quel tribunal, fédéral ou provincial, il faudra appliquer les dispositions du nouveau projet de loi.

Or, le nouveau projet qui, à plusieurs égards, n'est que la codification du Common law, vient, en matières civiles, changer substantiellement les règles de preuve que l'on appliquait jusqu'à maintenant.

Il s'ensuit donc que ce projet, sous son angle civil, modifie substantiellement le droit civil du Québec.

Il ne suffit pas, en réponse à ce qui précède, de dire que l'actuelle Loi sur la preuve au Canada comporte à son article 2 une disposition semblable à l'article 3 du projet . Cela est sans doute vrai mais le domaine d'application de l'actuelle Loi sur la preuve au Canada est tellement restreint en matières civiles que la conséquence de cet article est sans aucune comparaison avec la conséquence de

la nouvelle disposition, mais cette fois-ci, dans le cadre d'un projet de loi dont le domaine d'application est aussi vaste que tout notre droit civil de la preuve lui-même.

Il ne faut pas oublier que le respect de la dualité juridique au Canada a été reconnu par le législateur fédéral lui-même lorsqu'il a adopté l'article 11, paragraphe b) de la Loi prévoyant la création d'une commission de réforme du droit du Canada qui énonce que "La Commission a pour objet d'étudier et de revoir ... les lois et autres règles de droit... en vue de ... refléter dans le droit les concepts et les institutions distinctes des deux systèmes juridiques du Canada, le Common law et le droit civil, et concilier les différences et les oppositions qui existent dans la formulation et l'application du droit par suite des différences entre ces concepts et institutions..." 2

Nous concluons qu'un changement à la fois aussi substantiel et unilatéral que celui qui est proposé est tout à fait inacceptable et ne contribue pas au maintien de cette dualité. Ceci est d'autant plus vrai qu'aucune consultation préalable des juristes civilistes du Québec n'a eu lieu et que la nécessité d'un Code national de la preuve en matières autres que criminelles n'a jamais été ni discutée voire démontrée.

D'ailleurs les débats constitutionnels qui pourraient résulter d'une telle codification des règles de preuve en matières civiles pourraient être évités si la loi ne s'appliquait qu'en matières criminelles comme le suggérerait d'ailleurs la Commission de réforme du droit elle-même.

Les membres du comité se sont interrogés sur l'opportunité de codifier dans un même document les règles de

preuve applicables en matières civiles et celles relatives au droit criminel.

Au plan de la présentation de la preuve en matières criminelles, le comité a porté une attention particulière aux droits actuellement accordés à l'accusé. Le projet de loi porte atteinte à l'équilibre traditionnel entre les droits de la poursuite et ceux de la défense.

Indépendamment de cet aspect, certaines règles de fond qui se veulent une codification de principes élaborés par les décisions des tribunaux canadiens et le Common law, s'avèrent incompréhensibles si le lecteur n'a pas du Common law une connaissance approfondie, ce qui est contraire à l'esprit même d'une codification, quelque soit la forme qu'elle revêt.

Enfin, même si notre objection est d'abord une objection de fond, il nous a semblé opportun de traiter de la version française du projet. Cette version utilise une terminologie nouvelle qui sert de véhicule à des notions complètement étrangères à notre vocabulaire juridique.

Les membres du comité sont conscients du fait que la deuxième version française mise à leur disposition constitue une amélioration sur la première. Ils constatent toutefois qu'elle comporte encore des lacunes les incitant à conclure que le texte français est à revoir dans sa totalité. Il est essentiel de s'assurer que le législateur adopte deux versions de la même loi et non pas deux lois - l'une en français, l'autre en anglais. De plus, le législateur devrait éviter de mettre de côté des expressions utilisées correctement depuis des générations tant au plan de la lan-

que qu'au plan des concepts que ceux-ci expriment, et qui sont rendus nécessaires par la pratique en français d'un droit conçu à l'origine en anglais.

C'est dans cet esprit que le comité Association du Barreau canadien - Barreau du Québec, vous présente ses réflexions en traitant d'abord des règles de preuve en matières criminelles pour ensuite aborder la question sous l'aspect des règles de preuve en matières civiles.

I - LE PROJET DE LOI S-33 ET LE DROIT PÉNAL

Dès la formation du Comité conjoint entre le Barreau canadien et le Barreau du Québec pour étudier le projet de Loi S-33 comportant un projet de loi uniforme sur la preuve au Canada, les membres ont convoqué la réunion d'un certain nombre d'avocats du Barreau de Montréal, de manière à recueillir leurs commentaires sur l'ensemble du projet de loi de même que sur ses dispositions ponctuelles qui leur semblaient devoir mériter des commentaires particuliers. C'est en fonction de cette consultation que les présentes notes ont été préparées.

En raison du court délai qui nous a été donné, il va sans dire qu'il n'est pas question de faire une analyse complète de toutes les dispositions du projet de loi. Nous avons plutôt conçu notre rôle comme devant porter sur l'analyse de points particuliers du projet de loi dont l'importance ne peut être négligée du point de vue d'avocats occupés quotidiennement à la plaidoirie devant les tribunaux. D'ailleurs le Barreau canadien a confié à un autre groupe d'avocats l'étude spécifique de certaines parties du projet, de manière à couvrir l'ensemble des matières traitées par celui-ci.

Au point de départ, il est important de dire que le comité ne met pas du tout en cause la nécessité de regrouper dans une même loi l'ensemble des règles législatives ou jurisprudentielles qui constituent le droit de la preuve en matières criminelles. Le comité comprend d'emblée les objectifs poursuivis par le projet.

Cependant, la manière de réaliser ces objectifs n'est pas à l'abri de certaines critiques qui paraissent revêtir aux yeux du comité une importance fondamentale. Ainsi le document d'information publié par le ministère et intitulé "Proposition pour une nouvelle loi sur la preuve" dit, on ne peut plus clairement, que la nouvelle loi n'est pas un code devant couvrir tous les aspects de la Loi sur la preuve. Il y est également dit qu'on a jugé préférable de ne pas légiférer dans certains domaines du droit, mais plutôt de permettre au droit de se développer dans le cadre des décisions des tribunaux.

De l'avis du comité, cette conception du projet de loi est discutable, comme nous le verrons dans la première partie. Par ailleurs, le document d'information affirme que les changements apportés par la nouvelle loi quant aux règles de preuve mêmes ne diffèrent pas radicalement du droit actuel. Cette affirmation ne reflète pas la réalité. Nous verrons dans la deuxième partie jusqu'à quel point le projet de loi apporte des modifications nombreuses et substantielles au droit actuel, modifications qui jouent en général au détriment des droits de l'inculpé.

PREMIÈRE PARTIE: CONCEPTION GÉNÉRALE DU PROJET DE LOI

En se défendant de faire un code de la preuve, on veut sans doute éviter les critiques que s'était attirée la Commission de réforme du droit par son code de la preuve de 1976. On présente une Loi sur la preuve définissant une série de règles ponctuelles dont l'énoncé devient compréhensible uniquement au regard de la jurisprudence de Common law en l'absence d'une formulation de principes devant guider le tribunal dans l'interprétation de ses règles. Pourtant, l'objectif de codifier le droit actuel est partout présent dans le projet de loi. Mais la codification de règles en l'absence des principes qui les inspirent ou les régissent risque de créer des distorsions dont nous verrons certains exemples frappants.

Malgré son ampleur, le projet de loi est aussi très incomplet.

La structure du projet de loi

La structure du projet de loi met en lumière un paradoxe. Si la nécessité de légiférer vient d'un sentiment partagé par la majorité des juristes à l'effet que le droit de la preuve tel que développé par le Common law est dans un état de désorganisation tel que la recherche de ses sources et l'analyse de son contenu en sont rendus très difficiles, on ne peut par ailleurs s'empêcher de constater que le projet de loi emprunte sans rien n'y changer les structures du Common law et des règles jurisprudentielles. Pour n'en donner qu'un exemple, prenons le cas de la règle du ouï-dire.

La structure du projet de loi se compare à quelques détails près, à celle des "textbooks" traitant de la question. En premier lieu on retrouve une définition du ouï-dire, suivie de la règle générale de l'exclusion de la preuve par ouï-dire et enfin une série d'exceptions qui sont regroupées sans référence au principe qui les justifie, soit celui de la fiabilité de la preuve. Les auteurs du projet ont marqué ainsi leur volonté de codifier les règles de Common law dans leurs plus petits détails. Ils l'ont cependant fait sans se donner la peine de repenser les règles fondamentales et les raisons justifiant les exceptions ou de regrouper les dispositions autour de principes énoncés d'une manière compréhensible. Cette structure a un impact que le comité juge malheureux pour la conception du contenu du projet de loi.

La conception du contenu du projet de loi

La simple transposition en règles législatives de règles jurisprudentielles, sans que la loi n'énonce en même temps les principes d'où découlent ces règles, constitue un appauvrissement du Common law. La règle transposée dans un contexte législatif perd le caractère de souplesse que lui donne son énonciation jurisprudentielle. Elle tend ainsi à devenir une fin en soi, isolée de son contexte. Elle prend aussi un caractère absolu alors même que sa source jurisprudentielle lui donnait un caractère relatif, valable uniquement en fonction du principe applicable à la cause. Deux exemples devraient être suffisants pour illustrer cette idée: on les retrouve aux articles 14 et 22.

L'article 14 du projet de loi se lit comme suit:

"En matières pénales, le tribunal n'est pas tenu de donner des directives particulières au juge des faits sur la charge de la preuve par concordance d'indices."

Si on laisse de côté le caractère pour le moins novateur du vocabulaire employé, du moins en français, on constate que la règle en question veut exprimer le tempérament apporté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Cooper ³ aux directives relatives à la preuve circonstancielle."

La Cour suprême n'a pas dit que le tribunal n'était pas tenu de donner des directives particulières au juge des faits sur la preuve circonstancielle. Ce qu'elle a dit plutôt, c'est qu'il n'y a pas de formule sacramentelle devant s'appliquer à la preuve circonstancielle. Ce que la Cour suprême a rappelé, c'est l'importance que le juge des faits comprenne la règle fondamentale de la présomption d'innocence et du doute raisonnable. C'est donc le principe en cause dans l'arrêt Cooper. L'article 14 étant formulé de manière négative, ne devient compréhensible que pour le lecteur qui connaît l'arrêt Cooper. La portée de l'article 14 perd donc de vue le principe que la Cour suprême voulait mettre de l'avant dans sa décision. Il se peut fort bien que, par sa nature, la preuve dans une cause donnée doive amener le juge à donner des directives particulières au jury, de manière à bien lui faire comprendre le principe de la présomption d'innocence et son application à travers la règle du doute raisonnable. L'article 14 n'exprime pas cette

dimension très importante de l'arrêt Cooper. La formulation législative de la règle jurisprudentielle constitue ainsi, sans aucun doute, un appauvrissement de celle-ci.

Une illustration encore plus évidente de cet effet se retrouve à l'article 122 du projet de loi. Cet article a pour effet de codifier une règle jurisprudentielle énoncée par la Cour d'appel d'Ontario dans l'arrêt R. c. Davison, DeRosie and MacArthur ⁴. Cet arrêt a apporté un tempérament important à un énoncé formulé par le juge Spence de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt R. c. Colpitts ⁵. Rappelons que le juge Spence avait dit que l'accusé qui décidait de témoigner pour sa défense pouvait être traité comme un témoin ordinaire quant à la vérification de sa crédibilité dans le cadre du contre-interrogatoire. La Cour d'appel d'Ontario a constaté le manque de réalisme de cette affirmation en raison de la difficulté de présumer que le jury puisse effectivement limiter la portée des faits dévoilés par le contre-interrogatoire à la seule crédibilité de l'accusé. C'est dans ce contexte que le juge Martin a dégagé la situation particulière à l'accusé, situation selon laquelle la poursuite n'a pas la faculté d'invoquer en contre-interrogatoire des faits de nature à mettre en cause la moralité de l'accusé et qui n'ont aucune pertinence avec des faits en litige. L'exception bien connue, sur laquelle nous reviendrons plus loin, touche évidemment la preuve des condamnations antérieures prévue par l'article 12 de la Loi sur la preuve au Canada.

A cette exception, la Cour d'appel d'Ontario en ajoute une autre dont l'objet est de permettre à la poursuite de mettre en cause la "moralité" du témoin-accusé lorsque celle-ci est directement pertinente aux fins de prouver la

fausseté de la preuve apportée par l'accusé. L'étude des faits particuliers de l'arrêt en question montre que la règle énoncée par la Cour d'appel d'Ontario s'applique à un accusé qui, dans le cadre de son témoignage, a affirmé des faits dont la fausseté pouvait être démontrée par la preuve de ses associations criminelles ou de son mode de vie.

A la lecture de cet arrêt, il est donc évident que l'exception énoncée par la Cour d'appel s'applique exclusivement à une situation où le contre-interrogatoire sur la moralité est destiné à montrer la fausseté d'une assertion de l'accusé en tant que témoin.

Si on lit maintenant l'article 122 du projet de loi, on voit que l'exception apportée au principe que "le poursuivant ne peut, dans le seul but d'attaquer la crédibilité de l'inculpé, le contre-interroger sur sa "moralité," ses antécédents, ses relations, son mode de vie ou sa participation à un crime" est énoncée d'une manière qui peut être interprétée beaucoup plus largement que la règle jurisprudentielle énoncée par la Cour d'appel d'Ontario. L'article permet en effet à la poursuite de faire la preuve de "moralité" si celle-ci est de nature à établir la fausseté d'une preuve que l'inculpé a préalablement présentée. Il est vrai que, dans l'instance, le juge Martin a bien employé les mots "the accused's evidence" qui sont ceux employés par l'article 122. Mais, comme on l'a dit précédemment, "the accused's evidence" signifie, dans le contexte de l'arrêt, le témoignage de l'accusé. Cette précision n'apparaît pas à l'article 122. Ou bien l'article 122 est conçu comme devant s'interpréter sans égard à la jurisprudence qui l'inspire auquel cas il constitue un élargissement certain d'une règle de droit au détriment de l'inculpé; ou bien l'article 122,

pour recevoir son véritable sens, doit être analysé en fonction de la règle jurisprudentielle qu'il prétend énoncer.

Encore ici, on constate que la manière de procéder apporte, sinon une distorsion, tout au moins un appauvrissement des règles jurisprudentielles. En conséquence, le caractère relatif des règles jurisprudentielles qu'il faut toujours analyser dans le contexte des faits à propos desquels elles sont énoncées, disparaît une fois qu'on leur donne une forme législative qui n'en retient pas les nuances. Elles tentent dès lors à prendre un caractère absolu en l'absence d'une formulation claire du principe justifiant la règle et des modalités justifiant l'exception.

Le caractère incomplet du projet de loi

Il est important de faire une distinction aussi nette que possible entre d'une part le caractère non-exhaustif d'une loi, tel que semble l'entendre le document d'information à la page 3, lorsqu'il explique qu'on a jugé préférable de ne pas légiférer sur certains domaines de la preuve, afin de permettre au droit de se développer dans le cadre des décisions des tribunaux et, d'autre part, les lacunes que peut comporter un projet de loi. Il est évident qu'un projet de loi tel que celui sous étude qui ne comporte pas d'énoncés de principes fondamentaux, ne saurait être exhaustif. En revanche, le caractère incomplet d'un projet de loi peut créer de réels problèmes. A cet égard, on peut mentionner à titre d'exemple au moins quatre sujets très importants dans le droit de la preuve et qui n'apparaissent pas dans le projet. Il s'agit du voir-dire, de la fin de non-recevoir, de la réception de preuves nouvelles en appel et du plaidoyer de culpabilité.

L'importance du voir-dire dans l'administration de la preuve n'a pas à être démontrée. Dès que le tribunal doit vérifier certains faits aux fins de déterminer l'admissibilité d'une preuve ou encore l'aptitude d'un témoin en fonction de sa capacité de témoigner ou de sa qualité d'expert, le tribunal tient un voir-dire. La jurisprudence illustre certaines difficultés dans l'administration de la preuve au cours du voir-dire qu'il n'y a pas lieu d'analyser ici. Ce qu'il faut constater, c'est que le projet de loi ne mentionne aucunement l'institution du voir-dire dans ses aspects généraux. Le projet traite du voir-dire exclusivement dans le cadre des déclarations de l'inculpé. Notamment, l'article 64 élimine la nécessité du voir-dire lorsqu'il s'agit de res gestae, l'article 65 prohibe le contre-interrogatoire de l'inculpé sur la véracité de sa déclaration, l'article 71 prévoit l'intégration de la preuve faite au voir-dire dans celle de l'enquête préliminaire, l'article 68 prévoit la renonciation au voir-dire, l'article 116 paragraphe 2 prévoit le voir-dire lors du contre-interrogatoire de l'inculpé sur la déclaration et enfin l'article 64 modifie le fardeau de preuve qui incombe à la poursuite sur la question de savoir si la déclaration de l'inculpé a été faite librement et volontairement.

Le projet de loi nous donne donc un ensemble de dispositions ponctuelles traitant du voir-dire exclusivement dans le cas de la déclaration d'un inculpé. Pourtant le fardeau de preuve, ou la manière de faire la preuve de faits préliminaires ou préalables à l'admissibilité d'une preuve autre que la déclaration d'un inculpé pose des problèmes dont un projet de loi sur la preuve devrait traiter.

Il est également surprenant de constater que le projet de loi ne fait aucune mention de la doctrine dite de

"la fin de non-recevoir". Celle-ci est une application dans le droit de la preuve de la doctrine de la chose jugée. Elle est à cet égard exclusivement un problème de preuve qui pose de grandes difficultés aux tribunaux, comme en fait foi, par exemple, l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada Gushue c. R. 6 .

La réception de preuves nouvelles en appel dont les conditions sont prévues par l'article 610 du Code criminel, est elle-même essentiellement une question relevant du droit de la preuve.

Enfin, l'absence de disposition sur le plaider de culpabilité, n'est pas la moindre des lacunes que l'on peut constater dans le projet de loi.

Sous le titre "aveux judiciaires", le projet de loi traite aux articles 16 et 17 des aveux que les parties peuvent faire aux fins de dispenser la partie adverse de faire une preuve. Ces dispositions modifient le droit actuel d'une manière contestable dans la mesure où elles permettent désormais que les aveux portent sur des questions de droit. Mais ce que nous voulons souligner ici, c'est l'importance que l'article 16 attache aux aveux partiels faites par les parties et notamment l'accusé, alors que le plaider de culpabilité, qui est l'aveu par excellence, est complètement laissé de côté. Le Code criminel consacre trois brèves dispositions à cette institution dont l'importance ne peut être négligée dans le cadre de la preuve pénale et qui soulève une foule de problèmes dans la jurisprudence. Sans prétendre faire ici une énumération exhaustive de ces problèmes, il nous suffira de mentionner les points suivants:

- la négociation du plaidoyer entre la défense et la poursuite, y compris la validité des ententes intervenues entre les parties;

- le contrôle judiciaire sur la recevabilité du plaidoyer de culpabilité, la nature et la portée de ce contrôle, la vérification du caractère volontaire et informé du plaidoyer, la vérification de son bien fondé, le rôle de l'avocat, les conditions régissant le retrait de plaidoyer et l'effet au plan de sa validité en tant qu'admission informelle du plaidoyer de culpabilité qui a été retiré, ou jugé irrecevable. Toutes ces questions extrêmement importantes dans le droit de la preuve sont totalement ignorées par le projet de loi. Le comité ne peut qu'exprimer ici son désarroi vis-à-vis une telle lacune.

Enfin la difficile question de l'admissibilité des faits similaires qui met en cause un aspect fondamental de la notion de pertinence est tout simplement escamotée.

La notion de res gestae est définie exclusivement par rapport aux déclarations comportant la communication de faits ou de sentiments alors que la jurisprudence l'applique également à la recevabilité des conduites faisant partie de l'événement en litige.

En conclusion, on s'aperçoit qu'au plan de sa conception générale, le projet de loi présente plusieurs problèmes de fond, et que son objectif de simplification du droit risque sérieusement d'être compromis par la reproduction servile qu'il fait des structures de Common law, par les distorsions qui résultent de la transcription législative de règles jurisprudentielles dépouillées de leur contexte et par les lacunes qu'il présente.

DEUXIÈME PARTIE: MODIFICATION DES RÈGLES ACTUELLES AU DÉTRIMENT DE L'INCUPLÉ

Plusieurs dispositions du projet de loi apportent des restrictions à certains droits de l'inculpé qui lui sont actuellement reconnus. Il s'agit de la présomption d'innocence, du droit de l'inculpé de ne pas témoigner dans sa cause, de son droit à une défense pleine et entière, de la portée des déclarations antérieures et, enfin, du fardeau de preuve lors du voir-dire en matière de confession.

Présomption d'innocence

Il est sans doute inutile de rappeler que la Charte canadienne consacre la présomption d'innocence (article 11 d) et que celle-ci est traditionnellement identifiée à la règle du doute raisonnable. Les articles 10 à 15 du projet de loi traitent de cette question. Ils soulèvent trois difficultés: d'abord un problème de formulation des règles en cause, ensuite un problème d'opportunité de l'adoption législative des règles proposées au regard du principe consacré par la Charte canadienne et enfin le problème de l'intégration à l'ensemble du droit criminel de la règle prévue par l'article 730 du Code criminel. Sans entrer dans les problèmes suscités par la version française, la formulation des règles proposées par cet article laisse à désirer au plan de sa compréhension. A cet égard, les dispositions suggérées paraissent au comité être un net recul sur la formulation préconisée par le Code de la preuve de la Commission de réforme du droit. Celui-ci évitait l'emploi de formules telles que "balance des probabilités" ou "prépondéran-

ce de preuve" pour donner plutôt une formulation descriptive du phénomène intellectuel en cause. Par exemple, le paragraphe 5 de l'article 12 du Code de la preuve de la Commission de réforme du droit s'énonce comme suit:

"Lorsqu'une loi, en termes exprès impose à l'accusé le fardeau de persuasion d'une défense, excuse ou justification à une infraction criminelle, il s'acquitte de ce fardeau lorsque l'arbitre des faits est convaincu que leur existence est plus probable que leur inexistence".

On constate à la lecture de cette disposition que le phénomène intellectuel que cherche à évoquer avec imprécision l'expression "balance of probabilities" ou "prépondérance des probabilités" se trouve défini dans des termes simples et concrets qui sont à la portée du jury sans que le juge ait l'obligation de définir une expression technique. La formulation préconisée par le Code de la preuve présente un autre avantage significatif: le fardeau de persuasion de la poursuite est défini non seulement au regard des éléments essentiels de l'infraction mais est énoncé également, tel que le reconnaît la jurisprudence, au regard des moyens de défense de l'accusé.

La structure des articles du projet de loi laisse également à désirer si on la compare à celle du Code de la preuve. Par exemple, en ce qui concerne les matières pénales, le projet de loi discute les règles particulières relatives au fardeau de présentation avant d'énoncer le principe le plus fondamental qui est évidemment celui de la présomp-

tion d'innocence. En ce qui touche le fardeau de persuasion, on peut s'interroger sur l'opportunité de consacrer par des textes législatifs des formules apportant des restrictions à la présomption d'innocence alors même que l'interprétation de la Charte fait l'objet de controverses jurisprudentielles. Il est évident que le projet de loi ne saurait avoir pour effet d'accréditer au regard de la Charte la validité de dispositions quelconques faisant supporter à l'inculpé l'obligation d'établir un fait en litige par une preuve prépondérante. Dans la mesure où une restriction à la présomption d'innocence ne se justifie pas au sens de l'article 1 de la Charte, il va sans dire que le juge ne lui donnera pas effet ⁷.

Il y a toutefois un aspect où le projet de loi modifie considérablement le droit actuel. Il s'agit de l'article 12 paragraphe 1 qui a pour effet d'appliquer à l'ensemble des infractions, que celles-ci soient des actes criminels ou des infractions sommaires, la règle jusqu'ici limitée aux infractions sommaires qui apparaît à l'article 730 du Code criminel. Du reste, le paragraphe 2 de l'article 12 est explicite sur l'effet de la disposition: la présomption d'innocence y est affirmée simplement en relation avec les moyens généraux de défense et non en fonction des moyens de défense particuliers prévus expressément par les textes de loi.

Droit de l'inculpé de ne pas témoigner

Au moins quatre (4) dispositions du projet de loi ont pour effet de pénaliser l'inculpé s'il décide de ne pas témoigner pour sa défense. Ces dispositions sont à ce titre

des innovations dont la justification est loin d'être établie dans le projet de loi, encore que celui-ci reconnaisse la règle du droit actuel selon laquelle le tribunal ou le poursuivant ne peuvent pas faire d'observation sur le défaut de l'inculpé ou de son conjoint de témoigner. (article 94)

Il s'agit de l'article 62 paragraphe 2 en matière de res gestae, de l'article 108 qui traite de l'ordre des témoignages, et de l'article 123 paragraphe 3 qui traite du contre-interrogatoire de l'inculpé sur ses condamnations antérieures et enfin de l'article 95 portant sur le fardeau de preuve incombant à l'inculpé.

Le paragraphe 2 de l'article 62 dispose en substance que l'inculpé ne peut produire en preuve une déclaration qu'il a faite d'une manière spontanée et concomitante à l'évènement en litige s'il ne témoigne pas. L'article précise que l'inculpé ne peut produire cette déclaration par le biais du contre-interrogatoire d'un témoin qui aurait pu recevoir cette déclaration. Le but de cette disposition est évidemment d'écarter la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Graham ⁸. Une majorité des juges de la Cour suprême y a statué que l'inculpé pouvait faire la preuve de la déclaration qu'il avait faite à la police au moment de son arrestation pour recel alors qu'il était en possession de bijoux volés. Dans les circonstances de cet arrêt, l'inculpé s'était servi du contre-interrogatoire du policier pour mettre en preuve sa déclaration disculpatoire. Selon l'arrêt, la recevabilité de cette déclaration se justifie au motif qu'elle fait partie des res gestae puisqu'elle est contemporaine à la possession qui se conçoit comme une infraction continue. Bien sûr, dans des circonstances de cette nature, on peut penser qu'un inculpé a le loisir de se

préparer une explication destinée à l'innocenter au cas où il serait mis en état d'arrestation, ce qui dans les circonstances équivaudrait à une preuve préconstituée. C'est évidemment cette méfiance qui a amené les auteurs du projet à subordonner l'admissibilité de cette déclaration à l'obligation de l'inculpé de témoigner. Les dispositions du projet manifestent à cet égard une contradiction de principe: d'une part, la déclaration dont il s'agit est admissible au terme de l'article 62 paragraphe 1 alinéa i) 'si elle a été faite par l'inculpé de façon spontanée à l'époque de l'événement ou de l'acte en litige. D'autre part, malgré la spontanéité de la déclaration et sa concomitance avec l'événement en litige, cette déclaration est irrecevable si l'inculpé ne témoigne pas. Pourtant la constatation que doit faire le tribunal du caractère spontané de la déclaration devrait être une garantie suffisante de sa fiabilité. Le comité est d'opinion que le droit de l'accusé de ne pas témoigner dans sa cause ne doit pas être compromis à la seule fin de protéger la poursuite de ce qui semblerait être un avantage tactique pouvant jouer au bénéfice d'une catégorie d'inculpés, alors même que l'absence de la déclaration permettrait à celle-ci d'invoquer la doctrine de la possession récente.

L'article 108 prévoit, à l'instar du droit actuel, que l'inculpé puisse citer ses témoins dans l'ordre qui lui convient. Il dispose cependant que le tribunal peut faire des observations au jury sur la force probante du témoignage de l'inculpé confirmant un témoignage préalablement rendu par un de ses témoins. Cette disposition a pour effet, contrairement à la jurisprudence actuelle, de permettre au juge de préjuger de la crédibilité de l'inculpé du seul fait qu'il témoigne après certains de ses témoins ⁹.

Elle entre en contradiction flagrante avec le droit de l'inculpé de faire une défense pleine et entière et avec son droit de ne pas être contraint à témoigner dans sa cause. La conjonction de ces deux principes signifie tout simplement que l'accusé a le droit de faire une défense pleine et entière, sans témoigner lui-même. Toute règle qui a pour effet directement ou indirectement de forcer l'accusé à témoigner avant ses témoins est une restriction au droit de l'accusé à faire une défense pleine et entière et à son droit de ne pas témoigner. Elle signifie en effet que l'inculpé doit exercer son droit de témoigner ou de ne pas témoigner avant même que sa défense ne soit complète. Or, il apparaît essentiel que l'inculpé puisse réserver sa décision de témoigner ou de ne pas témoigner jusqu'au moment où il peut avoir une appréciation complète de la preuve. Celui-ci ne peut en effet exercer le contrôle sur la crédibilité des témoins qu'il décide de faire entendre ni sur l'impact que les témoignages de ces témoins peuvent avoir sur le juge des faits. En ce sens la disposition de l'article 108 a tout simplement pour effet de pénaliser l'inculpé selon le moment qu'il choisit d'exercer son droit de témoigner.

La formulation des directives prévues par l'article 95 du projet de loi relativement au fardeau de présentation que doit assumer l'inculpé quant aux éléments de preuve à l'appui de sa défense comporte des mentions qui sont inacceptables, selon le comité, au regard du droit de l'inculpé de ne pas témoigner pour sa défense. D'une part, le contenu des directives est en lui même un commentaire sur l'abstention de l'accusé à témoigner, commentaire qui est contraire au principe énoncé à l'article 94 du projet.

Deuxièmement, il est de jurisprudence constante qu'un inculpé peut effectivement satisfaire au fardeau de

présentation quant à un fait pertinent à sa défense sans devoir lui-même témoigner. Le projet de loi embrouille cette question. Enfin la mention finale prévue aux directives: "s'il ne le fait pas, c'est-à-dire s'il (l'inculpé) ne témoigne pas, il risque de ne pas pouvoir défendre sa cause" ne peut avoir qu'un sens pour le jury: si l'accusé ne témoigne pas, il est coupable.

L'article 123 paragraphe 3 a pour effet de modifier l'actuel article 12 de la Loi sur la preuve. Cet article 12 assimile, aux fins du contre-interrogatoire sur les condamnations antérieures, l'accusé qui témoigne à un témoin ordinaire. Ce contre-interrogatoire sur les condamnations antérieures a pour effet de tester la crédibilité du témoin y compris celle de l'accusé qui témoigne en sa faveur. Les modifications de cet article sont rendues nécessaires en raison du dilemme dans lequel il a pour effet de placer l'accusé qui a un casier judiciaire: ou bien celui-ci ne témoigne pas afin d'éviter le contre-interrogatoire sur ses condamnations antérieures, et le jury risque alors de retenir contre lui son abstention à témoigner; ou bien il témoigne et il court le risque de voir dévoiler devant le jury son passé judiciaire. Mais dans cette hypothèse, le juge doit avertir le jury de son devoir de limiter l'effet des condamnations antérieures au seul plan de la crédibilité de l'inculpé.

Des études empiriques, dont fait état le rapport du groupe de travail à l'origine du projet de loi, montre que la directive ne peut avoir l'effet escompté. Il faut constater au point de départ que les dispositions du paragraphe 3 de l'article 123 du projet constituent une garantie des droits de l'inculpé contre les dangers de la règle ins-

crite dans l'actuel article 12. Cette modification semble avoir pour objectif d'encourager à témoigner l'inculpé qui a un casier judiciaire. Il faut se demander cependant si la protection envisagée est aussi efficace que le supposent les auteurs du projet. Il ne fait pas de doute que la condamnation antérieure, soit pour parjure ou soit pour témoignages contradictoires, est pertinente à la crédibilité du témoin. Ce qui est moins certain, toutefois, c'est la pertinence d'une infraction dont la fraude est un élément essentiel. Isoler les crimes dont "la fraude est un élément essentiel" comme étant particulièrement significatifs au plan de la crédibilité de l'accusé est illogique et injuste sans compter les insurmontables difficultés d'application que cette notion risque de provoquer. Il faut aussi noter que la recommandation sur laquelle s'appuie l'article 123 du projet a fait l'objet de fortes dissidences au sein du groupe de travail précisément pour les raisons notées ci-haut.

Le droit à une défense pleine et entière

Au moins trois dispositions du projet de loi apportent de sérieuses restrictions au droit de l'inculpé à une défense pleine et entière. Elles comportent ainsi des innovations sur le droit actuel qui ne peuvent se justifier ni en principe, ni en pratique. Il s'agit d'abord de l'article 28 qui limite les circonstances où l'inculpé peut établir un trait de la personnalité du plaignant et crée une fiction selon laquelle l'inculpé invoquant légitime défense est réputé mettre en litige un trait de la personnalité du plaignant et ensuite des articles 80 à 85 régissant l'alibi.

L'article 28 reproduit jusqu'à un certain point le droit actuel, mais va beaucoup plus loin que celui-ci. A

l'instar du droit actuel, il permet à l'inculpé d'établir un trait de personnalité du plaignant si ce trait de personnalité est pertinent à une question en litige. Par exemple la propension du plaignant à la violence est pertinente aux appréhensions que pourrait avoir l'inculpé dans le contexte d'une défense de légitime défense soulevée par celui-ci à l'encontre d'une accusation de voies de fait ou d'homicide. En revanche, à la différence du droit actuel, l'article 28 donne ouverture à la possibilité pour la couronne de faire la preuve d'un trait de personnalité de l'inculpé dès que celui-ci cherche à établir un trait de personnalité du plaignant ou plaide légitime défense. Cette innovation est limitée par les conditions prévues à l'article 27 du projet selon lesquelles il y a ouverture pour la poursuite à la preuve d'un trait de personnalité de l'inculpé dans la seule mesure où le tribunal conclut que l'inculpé a mis en cause sa propre personnalité en attaquant celle du plaignant. Ces dispositions sont discutables. La simple menace faite à l'inculpé qui plaide légitime défense que la poursuite ait la possibilité de riposter par la mise en preuve d'un trait de sa personnalité apparaît au comité comme une restriction injustifiée au droit de l'inculpé à une défense pleine et entière.

En ce qui concerne l'alibi, il est de jurisprudence constante que le dévoilement tardif de l'alibi puisse être pris en considération par le juge des faits dans l'appréciation de la crédibilité qu'il convient d'accorder au moyen de défense. La jurisprudence autorise le juge du droit à porter cette considération à la connaissance du jury. Le projet de loi va beaucoup plus loin et apporte à la preuve de l'alibi des modifications substantielles comportant une restriction injustifiable au droit de l'accusé à

une défense pleine et entière. En particulier l'article 81 impose à l'inculpé qui entend présenter un alibi l'obligation d'aviser le poursuivant à la première occasion convenable de son intention d'invoquer un alibi et d'indiquer à l'endroit où il se trouvait au moment de l'infraction ainsi que les noms et adresses des témoins pouvant attester de sa présence à cette endroit. L'omission de l'inculpé de se conformer à cette obligation est sanctionnée par l'article 83 du projet qui permet au tribunal ou à la partie adverse de faire des observations défavorables sur la force probante de l'alibi.

Le projet de loi va même jusqu'à préciser (article 85, paragraphe 1) que l'omission de l'inculpé de donner l'avis prévu dans un délai de 7 jours après sa citation à procès entraîne l'irrecevabilité de la défense d'alibi. Pour remédier à cette situation, il faut que le poursuivant consente à ce que l'inculpé présente sa défense ou encore que l'inculpé convainque le tribunal de statuer sur sa recevabilité. Cette disposition appelle deux types de commentaires. D'abord toute modification au droit actuel régissant l'appréciation de l'alibi ne peut se justifier que s'il est démontré que les règles actuelles sont inadéquates. Rien ne permet une telle conclusion, au contraire. Il est notoire en effet que la défense d'alibi est en règle générale considérée avec une certaine méfiance. Du reste, les directives que le juge du droit peut donner au jury sur la crédibilité des témoins d'alibi sont la conséquence directe de cette méfiance. Celle-ci semble une garantie suffisante pour éliminer le risque que de faux alibis échappent à la détection des tribunaux ou à la perspicacité des jurys. Même si la défense d'alibi présentait effectivement un risque difficile à contrôler, de l'avis du comité les mesures préconisées par

le projet de loi constitueraient une restriction intempestive au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Il suffit de noter à cet égard que l'inculpé qui omet de fournir les détails de son alibi dans les délais prévus est privé de la possibilité d'invoquer le moyen de défense à moins que la poursuite ne consente à sa présentation. Il est inconcevable que l'accusé puisse ou ne puisse pas invoquer un moyen de défense selon le bon vouloir de la poursuite. De plus, l'omission d'un inculpé de dévoiler son alibi avant le procès peut être attribuable à une foule de motifs non liés à une tentative de sa part d'invoquer un faux alibi.

La portée des déclarations antérieures

Selon les règles du droit actuel, les déclarations antérieures d'un témoin qui sont utilisées pour attaquer ou défendre la crédibilité de ce témoin ne font pas preuve de la véracité de leur teneur. Mise-à-part la déclaration extra-judiciaire comportant l'identification de l'inculpé par un témoin oculaire qui est recevable comme preuve de sa véracité dans le cours du témoignage du témoin (article 46 du projet de loi), la seule circonstance où, selon le droit actuel, la déclaration antérieure d'un témoin utilisée aux fins d'attaquer ou de défendre sa crédibilité puisse faire preuve de son contenu est celle où le témoin en adopte la teneur dans le cours de son témoignage. Cette règle est codifiée par l'article 120 paragraphe a) du projet.

Le projet de loi comporte plusieurs dispositions qui modifient l'état du droit à cet égard. Il s'agit des articles 48, 115 à 121 qui prévoient que la déclaration

antérieure d'un témoin utilisée aux fins de défendre ou d'attaquer sa crédibilité fait preuve de la véracité de sa teneur dans la mesure où elle a été faite par ce témoin alors qu'il était sous serment ou sous affirmation solennelle et qu'il était susceptible d'être contre-interrogé. La raison invoquée par les auteurs du projet au soutien de cette modification semble tenir au fait que la déclaration antérieure a été faite sous serment et à la possibilité du contre-interrogatoire. Cette raison n'est pas convaincante si l'on tient compte des motifs invoqués par les auteurs du projet au soutien de leur définition de la notion de ouï-dire. Selon cette définition, qui apparaît à l'article 2 du projet, le ouï-dire englobe toute déclaration, que celle-ci soit faite par un témoin ou par une partie en dehors de l'enceinte du tribunal où s'instruit la cause alors que la personne n'était pas assermentée ni sujette au contre-interrogatoire. Or, paradoxalement, on invoque le fait que la déclaration antérieure ait été faite sous serment et qu'il y avait possibilité de contre-interrogatoire du témoin au moment de sa déclaration antérieure, pour échapper à la règle d'exclusion de la preuve par ouï-dire. On considère que les garanties offertes par le contre-interrogatoire antérieur sont suffisantes pour remplacer celle devant normalement provenir du contre-interrogatoire mené en présence du tribunal. Cette conclusion contredit la rationalisation invoquée au soutien de la définition du ouï-dire retenue par le projet de loi.

Le privilège de non-incrimination

Le projet de loi comporte quelques dispositions qui préjugent de l'interprétation de la Charte canadienne

des droits et libertés. Celle-ci énonce que chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. La question de savoir, par exemple, ce qu'il faut entendre par les mots "utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures" peut fort bien être interprétée dans le sens que le témoignage donné sous le couvert du privilège prévu par la charte ne puisse être utilisé contre le témoin même aux seules fins d'attaquer sa crédibilité. Le moins que l'on puisse dire à cet égard, c'est que la jurisprudence n'est pas actuellement fixée sur cette question. Or le projet de loi sur la preuve préjuge du sens de la disposition constitutionnelle. Notamment, l'article 163 prévoit que la déclaration du témoin qui est incompatible sur un point important avec le témoignage qu'il rend est recevable en preuve en vue uniquement d'attaquer sa crédibilité. Cette disposition suppose évidemment que l'utilisation du témoignage antérieur aux fins d'attaquer la crédibilité ne constitue pas une utilisation incriminante au sens de la disposition de la charte. Le seul argument que l'on peut faire valoir au soutien de cette interprétation consiste à dire que le fait d'empêcher la poursuite d'utiliser le témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l'accusé témoin a pour effet de permettre à celui-ci de mentir impunément à son procès. A l'encontre de cette position, on peut toutefois faire observer que cette impunité n'est pas totale puisque le témoignage en question peut, en tout état de cause et en raison même des dispositions de la charte, donner lieu à une poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Comme il s'agit des deux seules exceptions expressément énoncées dans la charte, cette interprétation peut accréditer la thèse de la non-utilisation de la déclaration même au seul fins de discréditer le témoin. Bien sur, dans l'état actuel des

choses, il est impossible de trancher cette question dans un sens ou dans l'autre. A cet égard le comité souligne le danger que les différences de texte entre le projet de loi et de la charte soit une source inutile et frustrante de litiges.

Fardeau de preuve lors du voir-dire

L'article 64 du projet de loi prévoit que le fardeau de preuve incombant à la poursuite quant au caractère volontaire d'une confession est celui de la prépondérance des probabilités. Or il est bien établi en jurisprudence que la règle du doute raisonnable s'applique à la détermination du caractère volontaire de la confession. Il est à noter que le groupe de travail s'est prononcé en faveur du maintien de la règle de droit actuelle. Le projet de loi apporte encore une fois une restriction très importante aux droits de l'inculpé. Les protagonistes de cette disposition semblent ignorer le caractère tout à fait particulier du rôle que peut jouer une confession dans le procès pénal. Bien que, ces dernières années, la Cour suprême ait donné à la confession un sens technique qui englobe des déclarations qui ne sont pas nécessairement de la nature d'un aveu, il reste que dans la très grande majorité des cas les confessions utilisées en preuve contre un inculpé sont de la nature d'un aveu. La preuve d'une confession peut ainsi justifier à elle seule un verdict de culpabilité. Il est donc important de prendre des garanties particulières sur les conditions entourant son admissibilité. Il est déconcertant de constater que, d'un trait de plume, on écarte une règle issue de la sagesse et de l'expérience des tribunaux. La confession est aussi une preuve de nature particulière en

raison des circonstances qui peuvent entourer son obtention. Il faut se rappeler qu'au voir-dire l'inculpé est souvent seul à invoquer des motifs pouvant mettre en doute le caractère volontaire de sa déclaration à l'encontre d'une cohorte de témoins de la police affirmant au contraire le caractère volontaire de celle-ci. Il semble que s'il subsiste un doute raisonnable à l'issue du voir-dire sur la question de savoir si l'inculpé a fait la déclaration en question sans être influencé par des promesses ou des menaces de la part de personnes en situation d'autorité, cela devrait être une raison suffisante pour empêcher la poursuite de s'en servir en preuve contre l'inculpé.

II - LE PROJET DE LOI S-33 ET LE DROIT CIVIL DU QUÉBEC

Comme nous l'avions souligné, la difficulté fondamentale réside dans le fait que le projet de loi vient modifier des règles de droit civil jusqu'ici applicables en matière de preuve au Québec.

Avant d'en arriver là, il aurait fallu que le ministère de la Justice procédât à une étude sérieuse sur l'impact au Québec des aspects civils du projet par la distribution d'un livre blanc ou par l'organisation de séances de travail de la même nature que celles que la Commission de réforme du droit avait tenues à l'égard de son propre projet, ou en demandant au Barreau du Québec de le faire pour lui.

De la même façon, il aurait fallu que notre comité procède à une consultation générale des avocats du Québec pour faire le travail que l'importance du sujet aurait mérité.

Encore ici nous avons dû aller à l'essentiel dans l'espoir qu'avant qu'il ne soit trop tard une telle consultation soit tenue et une étude plus détaillée se fasse.

S'il est vrai que toute législation nouvelle est dans une certaine mesure un saut dans l'inconnu, il n'est pas moins vrai que gouverner c'est prévoir et avant d'adopter la législation proposée, nous soumettons qu'il faudrait procéder à l'exercice de tenter de prévoir le plus possible quel en sera l'impact sur ceux qui seront au Québec appelés à l'utiliser tous les jours.

La formation du groupe de travail qui a donné naissance au projet de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, l'orientation générale de ses travaux, le type de discussions que l'on retrouve dans son rapport et la structure même du projet démontrent que l'aspect de la dualité des systèmes juridiques au Canada, à cause du caractère particulier de l'héritage de droit civil du Québec, n'a pas fait l'objet d'attention particulière.

Nulle part ne fait-on, entre autres, mention de cette préoccupation qu'avait par ailleurs exprimée la Commission de réforme du droit à la page 121 de son rapport sur la preuve:

" L'actuelle Loi sur la preuve au Canada contient les règles de preuve qui régissent les instances criminelles et les instances évoquées devant la Cour fédérale, de même que les appels de ces décisions portés devant la Cour suprême du Canada. Le paragraphe 1 confère au code le même champ d'application. Le code ne gouvernera pas des domaines de compétence fédérale comme le divorce, les brevets d'invention, les lettres de change et la faillite. En effet, exception faite des problèmes posés par la détermination des limites constitutionnelles dans des affaires évoquées devant les tribunaux provinciaux, la cour doit souvent traiter de l'une ou l'autre de ces questions de concert avec un problème qui relève de la compétence exclusive des provinces. Ainsi, un individu peut dans

une seule et même action invoquer un recours contractuel et un recours prévu par la Loi des lettres de change. Pour éviter la possibilité qu'un groupe de règles de preuve provinciales et un groupe de règles de preuve fédérales s'appliquent à la même action, le Code ne régira pas ces instances" 10 .

Par ailleurs, il est loin d'être certain que la réunion dans un même texte de loi - surtout dans le contexte du Québec - de règles régissant la preuve en matières civiles et la preuve en matières criminelles soit sage.

En effet, ce mélange de concepts de Common law (mal rendus en français) qu'il a bien fallu maintenir à cause du droit pénal, avec des règles de preuve en matières civiles, conduit à un texte lourd et difficile qui entraînera des difficultés d'interprétation importantes. Par exemple, on peut se demander de qui le juge des faits pourrait bien recevoir les directives dont parle l'article 8 dans une juridiction où il n'y a plus de procès civils devant jury.

D'autre part, l'interprétation de l'article 3 du projet de loi soulève une difficulté particulière dans la province de Québec. Cette difficulté vient de l'interprétation donnée par la doctrine et la jurisprudence à l'article 2 de la loi actuelle sur la preuve au Canada. Cet article, comme on le sait, s'énonce ainsi:

"La présente partie s'applique à toutes les procédures criminelles et à toutes les procédures civiles, ainsi

qu'à toutes les autres matières sur lesquelles le parlement du Canada a juridiction;"

On notera la similitude entre cette disposition et celle que fournit l'article 3 du projet. Il est donc fort probable que les tribunaux donneront à cet article 3 la même interprétation. Si tel était le cas, il en résulterait que le champ d'application de la nouvelle Loi sur la preuve s'étendrait à toutes les affaires en instance devant les tribunaux du Québec portant sur les matières relevant de la compétence du Parlement fédéral, sauf dans les cas où une disposition expresse d'une loi particulière rendrait la nouvelle loi inapplicable, comme c'est le cas, par exemple, en matière de divorce.

En effet, tant la doctrine que la jurisprudence actuelles énoncent que la présente Loi sur la preuve au Canada a préséance sur les règles de droit québécois dans toutes les matières civiles de compétence fédérale en instance devant les tribunaux du Québec. Ainsi, dans l'affaire Dame Lortie c. Perras, ¹¹ la Cour d'appel du Québec, après avoir cité l'article 2 de la Loi sur la preuve au Canada ajoute les considérants suivants:

"Considérant que par cette disposition législative formelle le Parlement du Canada a accordé, à la Loi sur la preuve, une primauté sur toutes les matières et procédures sur lesquelles il a compétence et juridiction; qu'aucune loi particulière édictée par le Parlement fédéral ne

porte atteinte à la Loi sur la preuve, à moins que telle loi particulière n'y déroge d'une façon formelle;

Considérant que les articles 41, 121 et 148 de la Loi sur la faillite ne contiennent aucune dérogation et que, conséquemment, la Loi sur la preuve au Canada doit recevoir son application;"

Le tribunal en a conclu par application de l'article 4 de la Loi sur la preuve au Canada que l'épouse d'un failli ne peut être contrainte de témoigner dans la faillite de son époux.

Plus récemment, la Cour provinciale a jugé en matière de lettres de change, que c'est la Loi sur la preuve au Canada qui s'applique (Banque provinciale du Canada c. Poulin) ¹² .

C'est ainsi qu'on a permis à une Banque de prouver par des inscriptions dans ses livres des paiements interruptifs de prescriptions par application de l'article 29 de la loi précitée, alors qu'une telle preuve aurait été prohibée si la Loi du Québec avait été déclarée applicable en vertu des articles 1227 et 1229 du Code civil.

Ce dernier arrêt est conforme à l'enseignement de la doctrine selon laquelle, en matière de lettres de change, c'est la Loi sur la preuve au Canada qui a préséance sur les règles du Code civil ¹³ .

De façon plus générale, O.S. Tyndale, devenu plus tard le juge en chef de la Cour supérieure, dans un bref article publié dans la Revue du Barreau, exprimait l'avis suivant :

"It accordingly appears that in all civil (including commercial) matters with respect to which the Dominion has legislative authority the law of Quebec will apply, unless there is a relevant provision in the Canada Evidence Act (or in some other Federal Statute applicable to the case), in which event the latter will prevail." 14

Il y a lieu de noter que dans les provinces de Common law, la question du domaine d'application de la Loi sur la preuve au Canada dans les matières civiles de compétence fédérale semble avoir peu préoccupé les tribunaux et les auteurs. Le sujet, à notre connaissance, n'a fait l'objet que d'un obiter dictum du juge Killam dans l'affaire "The Queen c. Douglas": 15

"I cannot agree with the contention of counsel for the prisoner, that The Canada Evidence Act, 1893, applies to actions upon promissory notes or other subject matters respecting which the Parliament of Canada may similarly make laws. It is the Provincial Legislatures which are to make laws for regulating procedure in

civil actions generally in the Provincial Courts, including actions upon bills of exchange and promissory notes, & c."

Il y a lieu de souligner que l'avis émis par le juge Killam va à l'encontre de l'opinion généralement reçue dans la province de Québec, tel que nous l'avons exposé plus haut. C'est peut-être parce que les juristes du Common law ignorent l'interprétation donnée par les tribunaux et les juristes du Québec à l'article 2 de la Loi sur la preuve au Canada, que certains considèrent que l'article 3 du projet ne soulève aucune difficulté. C'est ce qui explique peut-être l'affirmation de M. Ewaschuk devant le comité sénatorial selon laquelle l'article 2 de la Loi sur la preuve au Canada ne posait aucun problème et qu'il continuera à en être ainsi ¹⁶ dans le cas de l'article 3 du projet.

Afin de dissiper toute ambiguïté, nous recommandons, qu'à défaut de mieux définir le champ d'application de la loi projetée pour préciser que la loi ne s'applique qu'en matières pénales, qu'il soit énoncé clairement que la Loi sur la preuve ne s'applique pas dans les procédures de compétence fédérale engagées devant les tribunaux provinciaux, sauf en ce qui concerne la partie IX traitant de la divulgation de renseignements administratifs. Une telle précision est nécessaire afin d'éviter la possibilité qu'un groupe de règles de preuve provinciales et qu'un groupe de règles de preuve fédérales puissent s'appliquer concurremment à une même action. Il y a lieu de rappeler que c'est pour cette raison que la Commission de réforme du droit du Canada avait proposé que son projet de code de la preuve ne s'appliquât pas aux matières relevant de la compétence fédérale en instance devant les tribunaux provinciaux ¹⁷.

On sait, par ailleurs, que la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que le partage du champ d'application du droit provincial et du droit fédéral se fasse eu égard à la nature du tribunal devant lequel une affaire serait instruite. C'est ainsi qu'elle a proposé que le droit provincial s'appliquât devant les tribunaux provinciaux et le droit fédéral devant la Cour fédérale. Cette approche ne nous paraît pas totalement acceptable.

En effet, dans la mesure où la Cour fédérale possède une compétence concurrente dans certains domaines avec les tribunaux des provinces, il faut éviter que le sort d'une action puisse dépendre du régime de preuve applicable devant l'un ou l'autre des tribunaux saisis. C'est ce qui risquerait de se produire si l'approche de la Commission de réforme était retenue. Comme un droit n'existe que dans la mesure où il peut être prouvé légalement, il est donc évidemment souhaitable que le régime de preuve ne varie pas substantiellement selon le tribunal saisi.

A cette fin, nous suggérons qu'il soit précisé que les parties II et III ne s'appliquent pas aux procédures engagées devant la Cour fédérale, lorsque celle-ci exerce une compétence concurrente avec les tribunaux provinciaux. Comme, par ailleurs, les divergences entre le droit provincial et les règles énoncées aux parties IV et suivantes du projet de loi ne diffèrent pas substantiellement, il n'y aurait aucun inconvénient majeur à ce que dans tous les cas ces règles soient applicables devant la Cour fédérale.

En guise de conclusion à cette partie de notre mémoire, le comité souligne que la Conférence concevait son travail dans le cadre de l'adoption à la fois par le Parle-

ment du Canada et des législatures provinciales de son projet de loi.

Les commentaires aux paragraphes 1.7, 1.8 et 1.9 de son Rapport n'ont pas de sens autrement. La même conclusion s'impose lorsque l'on lit certains articles de son projet de loi notamment la "Remarque" à l'article 1 (Rapport p. 623), les parenthèses à l'article 2 (p. 623), à l'article 5 (p. 624) et le texte anglais de l'article 6 (p. 624).

La préface du Rapport reprend ce principe lorsque le rédacteur écrit:

"Il était évident en effet qu'une telle conclusion lui imposerait la lourde charge de réaliser un projet de loi uniforme à soumettre au Parlement du Canada et aux législatures des provinces, d'où toute une série de tâches à accomplir: cerner et approfondir l'état du droit en la matière, étudier les règles appliquées dans les provinces, analyser et comparer les décisions judiciaires qui les mettent en oeuvre, déterminer les cas de conflit et, enfin, faire les recommandations voulues pour l'édiction d'un texte uniforme et harmonisé."

D'ailleurs, le mandat de la Conférence reproduit à la page 1 du rapport ne peut être plus clair:

"Son mandat était le suivant:

Favoriser l'uniformisation des règles provinciales et fédérales de preuve et, à cet effet..."

L'adoption par le législateur fédéral agissant seul du projet de loi S-33 trahit non seulement le mandat même de la Conférence dont on prétend mettre en vigueur le projet mais l'esprit même de son rapport.

Au Québec, la coexistence de règles de preuve dans le cadre de procédures relevant de la compétence du Parlement du Canada (ce sont toutes les rubriques de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867) différentes de celles qui s'appliquent dans les autres cas ne peut que semer la plus grande confusion, dans certains cas mener carrément à l'absurde, et certainement compliquer sans raison ce que l'on prétendait simplifier en multipliant inutilement des litiges déjà longs et coûteux au détriment du justiciable.

Le texte français:

Depuis les commentaires préliminaires du Barreau Canadien devant le Sénat, le texte d'un avant-projet de révision préparé à titre officieux par la section de la législation du ministère de la Justice nous a été communiqué.

Cette révision comporte de nombreuses améliorations que nous reconnaissons d'emblée.

Cependant, le projet continue de refléter une résistance qui semble inflexible à l'égard de certains termes qui avaient pourtant été retenus par la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada.

Dans ce sens, le titre même du projet de loi est trompeur. En effet, le texte du projet de loi S-33 ne donne pas effet... à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit" car le texte français du projet de loi S-33 et le texte français du projet de la Conférence sont substantiellement différents.

A titre d'exemple, l'article 14 du texte français du projet de la Conférence rend les mots "circumstantial evidence" par "preuve circonstancielle", alors que la première version de S-33 utilise les mots "preuve indirecte" et l'avant-projet de révision utilise les termes "preuve par concordance d'indices".

L'article 10 du texte de la Conférence rendait l'expression "reasonably ... could find that the fact in issue had been established beyond a reasonable doubt" par "pourrait être convaincu au-delà du doute raisonnable".

La première version de S-33 traduisait "beyond a reasonable doubt" par "avec une quasi certitude" et l'avant-projet de révision parle maintenant de "conclure hors de tout doute".

Cette notion fondamentale de Common law qu'un doute ne doit pas être capricieux ou arbitraire mais RAISONNABLE disparaît totalement du texte français.

Autre exemple: le terme "discharge" n'était pas défini dans le projet de la conférence. Dans le projet de loi S-33 on l'ajoute aux définitions en référant spécifiquement à l'article 662.1 du Code criminel. Ce dernier traduit le mot "discharge" par "libération". La première version française de S-33 utilise le terme "mise en liberté" et la

deuxième utilise le terme... absolution!

Au lieu de se rapprocher du texte de base, à savoir le Code criminel, on s'en éloigne.

L'article 18 dénote bien également le désir de s'éloigner d'une terminologie pourtant bien connue. Le texte se lit comme suit: "Le tribunal admet d'office l'authenticité ...".

Le texte de la Conférence traduisait l'expression suivante "judicial notice shall be taken of the following without production or proof..." par l'expression "le tribunal prend d'office connaissance..."

Le projet de loi S-33 introduit une notion qui n'a rien à voir en droit avec la connaissance d'office lorsqu'il réfère à l'authenticité des documents. Ces termes utilisés au code expriment des réalités fort différentes.

Nous ne pouvons, dans le cadre de cette présentation tout relever. Nous devons nous contenter de réitérer l'importance que les deux versions rendent la même intention du législateur et l'importance du fait qu'un changement de vocabulaire doit se faire avec la plus grande prudence car il pourrait très bien résulter en un changement du droit que le législateur n'aurait pas voulu.

C'est dans cet esprit qu'il faudra, avec patience et humilité, être prêt à reprendre la tâche depuis le début avec la collaboration des juges et des avocats du Québec qui sont ceux qui sont les plus sensibilisés aux problèmes soulevés ici car ce sont eux qui ont été appelés le plus à "travailler" simultanément avec les deux versions des lois.

RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES

1. Que le projet de loi dans sa forme actuelle soit retiré;
2. Qu'une consultation générale des juristes canadiens (juges et avocats) soit organisée dans les meilleurs délais et que l'Association du Barreau Canadien en fasse l'un des thèmes majeurs lors de son prochain congrès;
3. Qu'une consultation plus spécifique soit organisée auprès des juristes du Québec (juges et avocats) pour obtenir leurs vues quant aux effets qu'une législation générale sur la preuve en matières civiles dans des procédures de compétence fédérale pourrait avoir sur la pratique du droit au Québec;
4. Vu ce qui précède, en matières criminelles, les membres du Barreau du Québec ont de fortes oppositions à ce que le texte du projet de loi soit adopté tel quel parce qu'il comporte une modification substantielle des droits de l'inculpé.
5. Que la version française de tout projet de Loi sur la preuve qui pourrait être présentée au Parlement du Canada fasse l'objet de révision par un groupe de juristes (universitaires, juges et praticiens) du Québec dans le but de s'assurer que l'intention du législateur est la même quelle que soit la langue dans laquelle on l'exprime.

RÉFÉRENCES

1. Projet de loi S-33, donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, Première lecture le 18 novembre 1982.
2. S.R.C. 1970, 1er supp. c. 23
3. R. c. Cooper, [1978] R.C.S. 860.
4. R. c. Davison, DeRosie and MacArthur, [1975] 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.)
5. R. c. Colpitts, [1965] R.C.S., 739.
6. Gushue c. R., [1980], 1 R.C.S., 798.
7. Voir R. c. Oakes, Cour d'appel d'Ontario, février 1983, présentement en appel devant la Cour suprême du Canada.
8. R. c. Graham, [1974], R.C.S. 206.
9. R. c. Smuk, [1971], 3 C.C.C. (2d) 457 (C.A.C.B.)
10. Commission de réforme du droit du Canada, Rapport sur la preuve. Ministre des Approvisionnements et Services Canada, [1977], p. 121.
11. Dame Lortie c. Perras, [1954] B.R. 568
12. Banque provinciale du Canada c. Poulin, J.E. 80-509, C.P. Montréal, 500-02-019240-790, 6 mai 1980.
13. A. Gérin-Lajoie, Quelle loi s'applique en matière de preuve relativement aux effets de commerce, (1926-27) 5 Revue de droit 430-440; A. Perrault, Traité de droit commercial, Tome I, Montréal, Albert Lévesque, 1936, pp. 206 - 210.
14. O.S. Tyndale, Notes on the Canada Evidence Act in Québec, [1942], 2 R. du B. 115.
15. The Queen c. Douglas, [1898] C.C.C. 221, page 228.
16. Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques constitutionnelles, le jeudi 21 avril 1983, fascicule # 52, page 52:23.
17. Commission de réforme du droit du Canada, Rapport sur la preuve, page 121.

SUPPLÉMENT À L'APPENDICE «66-A»

Les incidences de l'adoption du projet de loi S-33 sur le régime des preuves applicable devant les tribunaux du Québec, dans les matières fédérales.

Le champ d'application de la loi fédérale projetée sur la preuve est défini à l'art. 3 en ces termes :

"Sous réserve des articles 4 et 5, la présente loi s'applique aux procédures ou actes de procédure de compétence fédérale en instance devant les tribunaux ou destinés à recueillir des éléments de preuve sur ordonnance judiciaire."

Si les tribunaux devaient donner à cette disposition une interprétation aussi large que celle que la Cour d'appel a donné à l'art. 2 de l'actuelle Loi sur la preuve, il en résulterait que le régime des preuves, dans toutes les matières de compétence fédérale en instance devant les tribunaux du Québec, serait le suivant :

- 1- Par priorité, la Loi fédérale sur la preuve s'appliquerait sauf disposition contraire de cette loi ou d'une autre loi fédérale (art. 3);
- 2- A titre supplétif, les règles de preuve en vigueur dans la province où se déroule une procédure s'appliqueraient mais seulement dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec une disposition de la Loi fédérale sur la preuve ou d'une autre loi du parlement du Canada (art. 6).

Même si, théoriquement, on pourrait croire que la réforme ne changerait rien puisque telle est la situation sous l'empire de l'actuelle loi fédérale sur la preuve; en pratique, il en résulterait de profonds bouleversements. En effet, l'actuelle loi sur la preuve contient très peu de dispositions de sorte que, concrètement, ce sont les lois provinciales qui s'appliquent dans les matières de compétence fédérale. Or, même si le projet de réforme se présente comme un projet de loi et non comme un projet de code, il contient de très nombreuses dispositions susceptibles d'entrer en conflit avec les règles du droit québécois de la preuve.

L'adoption de la loi S-33 aboutirait au curieux paradoxe suivant: une loi qui avait pour objet l'uniformisation des règles de preuve aurait exactement le résultat opposé puisqu'elle conduirait à l'établissement au Québec de deux régimes de preuve: le régime québécois applicable dans les matières provinciales et un régime spécial applicable dans les matières fédérales.

Dès qu'une dualité de régimes existe, le problème de délimiter exactement le champ d'application de chacun se soulève. Il en sera certainement ainsi si ce projet de loi est adopté. En plus de la difficulté de pouvoir définir exactement dans chaque cas si le litige relève du droit fédéral ou du droit provincial, il va falloir régler le problème de savoir ce qu'il advient lorsque, dans

un même litige, le tribunal aura à trancher à la fois des questions relevant du droit provincial et du droit fédéral. Il se peut qu'alors le tribunal ait à appliquer parallèlement les deux régimes avec toutes les complications qu'une telle situation entraînerait.

De plus, lorsqu'on établit une dualité de régimes, il faut éviter de verser dans l'incohérence et d'adopter des règles qui obligent le tribunal à passer d'un régime à l'autre pour la solution d'une même affaire. Or, c'est bien ce qui arriva sous l'empire de la loi projetée chaque fois qu'un interrogatoire au préalable sera tenu dans le cadre d'un litige portant sur les matières fédérales. En effet, comme en vertu du paragraphe 4(1), la loi fédérale de la preuve ne s'appliquera pas lors d'un interrogatoire préalable et qu'il faudra alors s'en remettre au droit provincial, il pourra donc arriver que, lors de l'interrogatoire préalable, certaines preuves seront jugées inadmissibles en vertu du droit provincial, mais seront par la suite déclarées recevables lors de l'enquête, par application de la Loi fédérale. Une telle situation serait d'autant plus aberrante qu'en vertu de l'art. 396 du Code de procédure civile, les dépositions recueillies lors de l'interrogatoire au préalable font partie de la preuve au même titre que les dépositions recueillies lors de l'enquête.

Tel que nous le mentionnions précédemment et, toujours dans l'hypothèse où l'art. 3 de la loi projetée recevrait une interprétation large, il est indéniable qu'un très grand nombre de règles du droit québécois seraient rendues inapplicables dans les matières fédérales jugées par les tribunaux du Québec. On peut mesurer, en effet, l'impact de cette loi sur le droit québécois des preuve en examinant à la fois les règles de fond et les règles d'administration de la preuve qui seraient affectées.

Il y a lieu de rappeler qu'en droit québécois, on distingue deux catégories de règle de preuve: les règles de fond et les règles d'administration de la preuve. Les premières se retrouvent au Code civil et les secondes, au Code de procédure civile. Les règles de fond concernent les matières suivantes: l'objet de la preuve, la charge de la preuve, les moyens de preuve et les règles de recevabilité des moyens de preuve. On désigne par règles d'administration de la preuve, les règles concernant la mise en oeuvre des différents moyens de preuve dans le cadre d'un procès.

I- Règles de fond du droit de la preuve du Québec affectées par le projet de loi fédéral sur la preuve.

En ce qui concerne les principes généraux du droit de la preuve, la loi fédérale réglemente le fardeau de la preuve, (arts. 8 et 9) codifie la règle de la pertinence (art. 22) et comporte des dispositions sur la connaissance d'office (arts. 18

à 21 et arts. 177 et 178). Sur ces sujets, les dispositions de la loi fédérale devront être appliquées par priorité et rendront pour autant inapplicables les règles correspondantes du droit provincial. Il y a lieu de noter, par exemple, que l'art. 1203 du Code civil sur la charge de la preuve est rédigé en des termes très différents de l'art. 9 de la Loi fédérale qui traite du même sujet. En effet, alors que l'art. 9 semble mettre exclusivement à la charge du demandeur l'obligation de convaincre, l'art. 1203 C.C. répartit la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur.

En ce qui concerne les moyens de preuve, il y a lieu de rappeler que le Code civil en reconnaît quatre, à savoir: les écrits, les aveux, les présomptions et les témoignages. A ces quatre moyens de preuve, s'ajoute la preuve matérielle reconnue recevable par plusieurs dispositions du Code de procédure civile.

Il est incontestable que le projet de loi sur la preuve apporte de nombreuses modifications aux règles du code civil concernant les moyens de preuve. Nous allons énumérer les principales.

1- Les écrits authentiques

Le Code civil accorde une valeur probante toute particulière aux écrits authentiques, à savoir aux écrits reçus par des officiers publics. Ces écrits font preuve, jusqu'à ce qu'ils soient déniés au moyen d'une procédure spéciale, appelée l'inscription en faux,

de tout fait que l'officier public avait mission de constater. L'acte notarié est l'un des documents qui bénéficient ainsi du caractère authentique. La preuve d'un document authentique se fait par la production d'une copie délivrée par le dépositaire légal de l'original. Or, la loi projetée sur la preuve n'accorde aucune valeur probante particulière aux écrits authentiques. De plus, en vertu de l'art. 139 par. 2, une partie ne pourrait pas utiliser en preuve une copie d'un acte notarié sans donner aux autres parties un préavis d'au moins 7 jours à cet effet.

- 2- Le régime des registres et papiers domestiques serait complètement modifié par le régime des documents du secteur public ou privé des articles 152 à 158 de la loi projetée.

A ce propos, il y a lieu de souligner la portée assez extraordinaire de l'art. 157 qui attribue à un document professionnel d'une institution financière une présomption d'exactitude. Selon cet article, un relevé de compte qu'une banque envoie à son client est présumé exact et il incombe au client de démontrer qu'il est erroné. Cette disposition est contraire au principe de droit civil selon lequel nul ne peut se constituer un titre à soi-même.

- 3- L'art. 16 permet un aveu judiciaire sur des questions de droit alors qu'en vertu du droit provincial, l'aveu n'est permis que sur des questions de fait.

- 4- En vertu du droit québécois, l'aveu extrajudiciaire est un moyen de preuve autonome

L'aveu extrajudiciaire présente toutefois cette particularité qu'il doit être prouvée. Cette preuve doit respecter les exigences de l'art. 1244 qui prohibe la preuve testimoniale d'un aveu extrajudiciaire lorsque cet aveu porte sur des faits qui ne sont pas susceptibles de preuve testimoniale. Or, la loi projetée traite des aveux extrajudiciaires comme d'une exception à la preuve par ouï-dire et semble autoriser la preuve testimoniale d'un tel aveu dans tous les cas (arts. 57 et s.).

- 5- Le projet accorde une valeur probante à certaines décisions judiciaires antérieures (arts. 74-79) alors qu'en vertu du droit québécois, ces mêmes décisions n'auraient aucune force probante.

En ce qui concerne les règles de la recevabilité des moyens de preuve, le principe dominant reconnu par la loi projetée, est la règle de la pertinence énoncée à l'art. 22. Cet article reconnaît cependant qu'on doit donner effet à une mise à l'écart d'un élément de preuve "découlant de la Charte canadienne des droits et libertés, de la présente loi ou d'une autre loi ou règle de droit". Par le biais de l'art. 6, il est permis de penser que les règles du droit québécois concernant la recevabilité des moyens de preuve s'appliqueraient à titre supplétif. Parce que ces dispositions

n'ont qu'un caractère supplétif, elles seraient écartées chaque fois qu'elles seraient incompatibles avec une disposition expresse de la loi fédérale de la preuve. C'est ainsi, que tout le régime du droit québécois concernant la preuve par ouï-dire serait écarté au profit des dispositions spéciales du projet de loi qu'on retrouve aux arts. 45 à 73. De même, le régime québécois concernant ce qu'on appelle la règle de la meilleure preuve serait remplacée par le régime particulier des arts. 130 à 138 du projet.

Comme on le voit, la loi projetée apporterait des modifications importantes aux règles de fond du droit québécois de la preuve, mais ces modifications sont bien minimes comparativement aux modifications apportées aux règles d'administration de la preuve. En effet, la loi fédérale traite d'un nombre tellement étendu de sujet relatifs à l'administration des preuves qu'il resterait bien peu de place à l'application des règles du Code de procédure civile. C'est ainsi qu'à toutes fins pratiques toutes les règles quant à l'audition des témoins, soit les articles 293 à 323 C.P.C., seraient remplacés par les règles du projet de loi. Parmi les sujets qui font l'objet d'une réglementation particulière dans la loi projetée mentionnons les sujets suivants:

- 1- Le rôle respectif du juge et des parties (arts. 100 à 102).
- 2- Le huis-clos (art. 107).
- 3- Les règles de la capacité et de la contraignabilité des témoins (arts. 86 à 94)

Y compris les règles concernant le privilège du conjoint (arts. 166 à 174) et la protection du témoin contre les témoignages incriminants (161 à 164).

- 4- L'objet du témoignage: le témoignage d'opinion (arts. 33 à 39).
- 5- La force probante des témoignages par la suppression de la corroboration (art. 125).
- 6- La crédibilité des témoins (arts. 104 et 105; 115 à 124).
- 7- Le mode de rendre témoignage
 - le régime du serment est modifié (arts. 96 à 99)
 - réglementation de l'interrogatoire du témoin (arts. 101 à 104)
- 8- Etablissement d'un régime particulier pour les rapports d'experts (arts. 37 et 38).
- 9- Règles particulières concernant le témoin qui est incapable de se remémorer complètement un fait ou qui a utilisé un écrit ou un objet pour ce faire (arts. 110 à 114).
- 10- Règles quant aux interprètes et traducteurs (arts. 126 à 129).

En plus de couvrir presque complètement le domaine de l'audition des témoins devant le tribunal, la loi projetée établie un régime particulier d'expertise judiciaire (arts. 40 à 44) qui aurait pour effet de rendre inopérants les articles 414 à 425 C.P.C. qui traitent également de l'expertise judiciaire et du renvoi à des vérificateurs ou praticiens.

Comme on peut le constater, il n'est pas exagéré de dire que si l'art. 3 de la loi projeté sur la preuve devait recevoir une interprétation large, il en résulterait, au niveau du droit de la preuve au Québec, l'établissement d'une dualité de régimes avec tous les inconvénients qu'une telle situation entraînerait nécessairement.

Ottawa, le 8 juin 1983.

Léo Ducharme.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESSES—TÉMOINS

From the Canadian Bar Association:

Mr. Yves Fortier, Q.C. President.

Members of the Special Committee on S-33 (of the C.B.A.):

Mr. John Sopinka, Q.C.;

Mr. Mark Rosenberg.

From the Bar of Quebec:

M. le bâtonnier Louis Lebel;

Mr. Jacques Fortin;

Mr. Gérald Tremblay.

Member of the Law, Science and Technology Committee (of the C.B.A.):

Mr. Derek Guthrie.

De l'Association du Barreau canadien:

M^e Yves Fortier, c.r., président.

Membres du comité spécial sur S-33 (de l'A.B.C.):

M^e John Sopinka, c.r.;

M^e Mark Rosenberg.

Du Barreau du Québec:

M. le bâtonnier Louis Lebel;

M^e Jacques Fortin;

M^e Gérald Tremblay.

Membre du Comité du droit, de la science et de la technologie (de l'A.B.C.):

M^e Derek Guthrie.



First Session
Thirty-second Parliament, 1980-81-82-83

Première session de la
trente-deuxième législature, 1980-1981-1982-1983

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du comité
sénatorial permanent des*

Legal and Constitutional Affairs

Affaires juridiques et constitutionnelles

Chairman:
The Honourable JOAN NEIMAN

Présidente:
L'honorable JOAN NEIMAN

Thursday, June 23, 1983

Le jeudi 23 juin 1983

Issue No. 67

Fascicule n° 67

Fifteenth proceedings on:

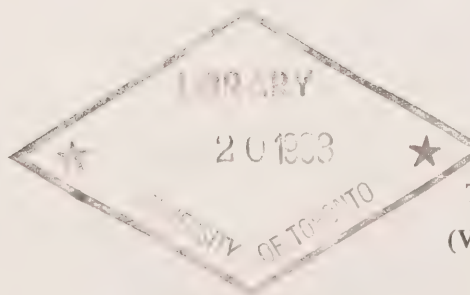
Bill S-33, "An Act to give effect, for
Canada, to the Uniform Evidence Act
adopted by the Uniform Law Conference
of Canada"

Quinzième fascicule concernant:

Le projet de loi S-33, «Loi donnant effet
pour le Canada à la loi uniforme sur la
preuve adoptée par la Conférence canadienne
de l'uniformisation du droit»

WITNESSES:
(See back cover)

TÉMOINS:
(Voir à l'endos)



THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Neiman, *Chairman*

The Honourable Richard A. Donahoe, *Deputy Chairman*

and

The Honourable Senators:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Ex Officio Members*

(Quorum 5)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente: L'honorable Joan Neiman

Vice-président: L'honorable Richard A. Donahoe

et

Les honorables sénateurs:

Asselin	Lapointe
Bosa	Leblanc
Buckwold	Lewis
Croll	Macquarrie
Deschatelets	Neiman
Donahoe	Nurgitz
Doody	*Olson
*Flynn	Pitfield
Frith	Rizzuto
Godfrey	Robichaud
Haidasz	Roblin
Hastings	Rousseau
Hicks	Stollery
Lang	Tremblay
Langlois	Walker

**Membres d'office*

(Quorum 5)

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of the Proceedings of the Senate,
December 7, 1982:

"Pursuant to the Order of the Day, the Senate resumed the debate on the motion of the Honourable Senator Lewis, seconded by the Honourable Senator Barrow, for the second reading of the Bill S-33, intituled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

After debate, and—

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Frith for the Honourable Senator Lewis moved, seconded by the Honourable Senator Olson, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was—
Resolved in the affirmative."

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Sénat le 7 décembre 1982:

«Suivant l'Ordre du jour, le Sénat reprend le débat sur la motion de l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Barrow, tendant à la deuxième lecture du Bill S-33, intitulé: «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le bill est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Frith, pour l'honorable sénateur Lewis, appuyé par l'honorable sénateur Olson, C.P., propose que le bill soit déféré au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.»

Le greffier du Sénat

Charles A. Lussier

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

THURSDAY, JUNE 23, 1983
(97)

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 11:20 a.m., the Chairman, the Honourable Senator Joan B. Neiman, presiding.

Present: The Honourable Senators Deschatelets, Godfrey, Lapointe, Neiman and Rousseau. (5)

In attendance: Mrs. Monique Hébert, Research Officer, Law and Government Division, Research Branch, Library of Parliament.

Witnesses:

From the Association of Records Managers and Administrators:

Mr. Jake Knoppers;

Mr. Ron Taylor;

Mr. Mark Hopkins.

The Committee resumed consideration of Bill S-33 intitled: "An Act to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada".

On motion by the Honourable Senator Godfrey, it was agreed,—That the brief presented by the Association of Records Managers and Administrators be printed as an appendix to this day's proceedings. (*See Appendix 67-A*).

Mr. Knoppers made a statement, and he and the other witnesses answered questions.

At 12:20 p.m., the Committee adjourned until the call of the Chair.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAL

LE JEUDI 23 JUIN 1983
(97)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 11 h 20, sous la présidence de l'honorable sénateur Joan B. Neiman (présidente).

Présents: Les honorables sénateurs Deschatelets, Godfrey, Lapointe, Neiman et Rousseau. (5)

Aussi présente: M^{me} Monique Hébert, attachée de recherche, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement.

Témoins:

De l'Association des gérants et administrateurs en gestion des documents:

M. Jake Knoppers;

M. Ron Taylor;

M. Mark Hopkins.

Le Comité reprend l'étude du projet de loi S-33, «Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit».

Sur la motion de l'honorable sénateur Godfrey, il est convenu,—Que le mémoire présenté par l'Association des gérants et administrateurs en gestion des documents sera publié en annexe des délibérations d'aujourd'hui. (*Voir l'Appendice 67-A*).

M. Knoppers fait une déclaration et, avec l'aide des autres témoins, répond aux questions.

A 12 h 20, le Comité suspend ses travaux jusqu'à convocation de la présidence.

ATTESTÉ:

Le greffier du Comité

Denis Bouffard

Clerk of the Committee

EVIDENCE

Ottawa, Thursday, June 23, 1983

[Text]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs to which was referred Bill S-33, to give effect, for Canada, to the Uniform Evidence Act adopted by the Uniform Law Conference of Canada, met this day at 11.15 a.m., to give consideration to the bill.

Senator Joan Neiman (*Chairman*) in the Chair.

The Chairman: Honourable senators, I thank you for being here today. We have with us today witnesses from the Association of Records Managers and Administrators. I understand, first, that the brief which has already been circulated to honourable senators will not be read but that our guests will simply comment on various aspects of it. Therefore, I should like a motion to append the brief to the record of the proceedings.

Senator Godfrey: I would like to point out that I have read the brief and that, therefore, I enthusiastically move that we do not hear it reread and that it be appended to today's proceedings.

The Chairman: Is it agreed, honourable senators?

Hon. Senators: Agreed.

(*For text of brief, see Appendix.*)

The Chairman: Perhaps, Mr. Knoppers, you would like to introduce your colleagues, after which you can proceed with your remarks, which will be followed by questioning.

M. Jake Knoppers, membre du comité canadien des affaires législatives et réglementaires, Association des gérants et administrateurs en gestion des documents: Je vous remercie, madame le président. Honorables sénateurs, je suis très heureux d'être ici aujourd'hui pour représenter l'Association des gérants et administrateurs en gestion des documents. Honorables sénateurs, j'ai à ma gauche M. Ron Taylor qui est un expert dans les systèmes informatisés pour les grandes compagnies et à ma droite M. Mark Hopkins qui est aussi un archiviste et un gérant et qui a fait quelques études sur le problème de l'admissibilité de la preuve au point de vue pratique.

We are members of the Canadian Legislative Affairs Committee on the Association of Records Managers and Administrators. We represent about 900 information and records managers, who are professionals across Canada. They are the people in the trenches who are responsible for the maintenance of record-keeping systems in paper, microfilm, and, increasingly, in machine-readable form.

During the past few years we have seen a tremendous increase in the introduction of microfilm and automated support systems for record keeping. Although initially just an administrative tool in areas of finance, computerized recorder information-keeping systems have developed to the stage where they have become indispensable to the day-to-day operations of organizations. In many cases today, an organization could not function—it would go out of business—if it did not make use of these technologies. At the same time, to remain

TÉMOIGNAGES

Ottawa, le jeudi 23 juin 1983

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, se réunit aujourd'hui à 11 h 15 pour étudier le projet de loi.

Le sénateur Joan Neiman (*présidente*) occupe le fauteuil.

Le président: Honorables sénateurs, je vous remercie de votre présence. Nous avons le plaisir d'accueillir aujourd'hui des représentants de l'Association des gérants et administrateurs en gestion des documents. Le mémoire qu'on a déjà fait circuler aux honorables sénateurs ne sera pas lu ce matin; nos témoins offriront simplement quelques commentaires sur divers des aspects qui y sont soulevés. Aussi aimerais-je obtenir une motion portant annexion de ce mémoire au procès-verbal.

Le sénateur Godfrey: J'aimerais signaler que j'ai lu le mémoire et propose ainsi une motion en ce sens.

Le président: Honorables sénateurs?

Des voix: Adoptée.

(*Pour le texte du mémoire, voir l'Appendice.*)

Le président: Monsieur Knoppers, pourriez-vous nous présenter vos collègues avant de faire votre déclaration? Les sénateurs pourront par la suite vous poser des questions.

Mr. Jake Knoppers, member of the Canadian Legislative and Regular Affairs Committee of the Association of Records Managers and Administrators: Thank you, Madam Chairman. Honourable Senators, I am very glad to be here today representing the Association of Records Managers and Administrators. I would like to introduce to you, on my left, Mr. Ron Taylor, who is an expert in computer systems for big companies and on my right Mr. Mark Hopkins, who is also an archivist and a manager who has done several studies on the problem of the admissibility of evidence from a practical standpoint.

Nous représentons le Comité canadien des affaires législatives de l'Association des gérants et administrateurs en gestion des documents. Notre Association groupe environ 900 gestionnaires responsables des documents et de l'information de toutes les régions du pays. Ils sont responsables du système de tenue des documents sous forme de papiers, de microfilms et, de plus en plus, de supports exploitables par machine.

Au cours des dernières années, il y a eu une augmentation remarquable du nombre de nouveaux systèmes de soutien sous forme de microfilms et de données automatisées. Bien qu'ils n'étaient au début qu'un outil administratif utilisé dans le domaine de la finance, les systèmes informatisés et les systèmes de tenue des documents et de stockage des renseignements sont maintenant devenus indispensables dans le cadre des activités quotidiennes de divers organismes. Dans nombre de cas aujourd'hui, un organisme ne saurait fonctionner sans ces nouvel-

[Text]

competitive domestically as well as internationally, Canadian businesses both large and small must make use of these new computer communication technologies.

On a day-to-day basis, record managers are faced with having to give advice to senior management on the cost saving in switching from one record-keeping system to another. Because most of the record managers are also responsible for the vital records program of an organization that they serve, from a practical point of view they also have to look at the question of the admissibility of evidence.

Regarding the Uniform Evidence Act, we applaud wholeheartedly the work done by Mr. Tollefson and his group. As to Bill S-33, we support its intent, direction and the idea of a single form of legislation at the different jurisdictional levels. When we took the bill to the lawyers in the different companies we serve, we received conflicting advice as to what it would mean to the day-to-day operations of a business.

Basically, from a practical point of view, we offer three suggestions to honourable senators. As an organization we are quite aware of and keep track of all legislation which impacts on record-keeping practices. First, we would very much like to see a uniform definition of the word "record", because we have noticed some discrepancies. If this is not possible, we would like at least the assurance that the definition of "record" in federal statutes is consistent and in harmony from one statute to another, and that it does address the realities of computer communications. We make specific reference, in this respect, to the Access to Information Act and the Privacy Act, which will become law on July 1—I suppose it is our Canada Day present this year—wherein there is a definition of "record" which is going to serve the federal government as a whole. It also introduces a new legal concept—and we are more concerned here with the concept—that a record which does not exist but which can be created using existing computer hardware, software and expertise, should be considered a record for the purposes of the act. Should a person have cause to obtain information from the federal government, it would be our wish that that information be admissible in court as evidence in any dispute that might arise.

The Bank Act was recently amended. Section 157 allows banks to change recorded information from one form to another with the Bank being equally applicable. This is also a concept we would like to see extended to records in general.

What is also important to us concerns proposed changes under the Criminal Code relating to data abuse or records abuse. One would certainly want to have some assurance that if unauthorized alteration or destruction of records or data is going to be constituted as mischief, that that also will be admissible in court and that the terms of a definition in both acts, would be consistent.

[Traduction]

les techniques, il devrait fermer ses portes. De plus, pour demeurer concurrentielles, au pays comme à l'étranger, les entreprises canadiennes, petites et grandes, doivent se servir des nouvelles techniques de communication informatisées.

Chaque jour, les gestionnaires de documents doivent offrir des conseils aux cadres supérieurs sur les façons économiques de passer d'un système de tenue de documents à un autre. Parce que la plupart des gestionnaires sont également responsables du programme des documents fort importants de l'organisme pour lequel ils travaillent, d'un point de vue pratique, ils doivent également étudier la question de leur admissibilité comme éléments de preuve.

Pour ce qui est de la Loi uniforme sur la preuve, nous approuvons pleinement le travail de M. Tollefson et de son groupe. Quant au projet de loi S-33, nous en appuyons l'objectif et favorisons l'adoption d'une seule et même loi qui s'appliquerait à divers niveaux de compétence. Lorsque nous avons présenté le projet de loi aux avocats des diverses sociétés que nous serions, nous avons reçu des commentaires différents sur l'incidence qu'il pourrait avoir sur les activités quotidiennes d'une entreprise.

Fondamentalement, d'un point de vue pratique, nous avons trois suggestions à présenter aux honorables sénateurs. A notre organisation, nous nous tenons toujours au courant des diverses mesures législatives qui ont une incidence sur les pratiques de tenue de documents. Premièrement, nous aimerions que le gouvernement fédéral adopte une définition uniforme du mot «document», car nous avons pu noter certaines inégalités. Si c'est impossible, nous aimerions qu'il s'assure que toutes les définitions données de ce terme dans les lois fédérales concordent les unes avec les autres et tiennent bien compte des techniques modernes de communication et d'informatique. Nous songeons plus particulièrement, à cet égard, à la Loi sur l'accès à l'information et à la Loi sur la protection des renseignements personnels, qui prendront effet le 1^{er} juillet, je suppose que c'est notre cadeau pour la Fête du Canada cette année; nous désirons que la définition du mot «document» qui y est présentée puisse être utile à tout le gouvernement fédéral. Cette loi présente également une nouvelle notion juridique qui nous intéresse particulièrement, soit celle d'un document qui n'existe pas mais qui peut être produit en se servant du logiciel de l'appareil et des connaissances nécessaires; aux termes de ces lois, le prout serait jugé comme étant un document. Si une personne obtenait certains renseignements du gouvernement fédéral, nous aimerions qu'ils puissent au besoin être admissibles comme élément de preuve devant les tribunaux.

La Loi sur les banques a récemment été modifiée. Dorénavant, l'article 157 permettra aux banques de changer la forme des informations stockées, bien que celles-ci continueront d'être visées par la Loi sur les banques. Nous aimerions également que ce concept soit élargi à tous les documents en général.

Nous nous intéressons également aux modifications proposées dans le Code criminel en ce qui a trait à l'usage abusif de documents ou de données. Si la destruction ou la modification non autorisées de documents ou de données était considérée comme un méfait, il faudrait que ces documents et données soient également admissibles devant les tribunaux et que les définitions données dans les deux lois soient cohérentes.

[Text]

There is also the copyright aspect, but that is a hornets' nest of a different nature. We would also suggest that the definition of "record" include "sets of instructions", thereby covering software.

From our perspective—and this is our second recommendation—Bill S-33 would be strengthened if it embodied these basic concepts and if it also allowed for regulations which would apply those concepts to particular forms of record keeping and appropriate technologies. In other words, we recommend that the bill allow for the establishment of criteria whereby the output of various types of record-keeping systems would be admissible or would have a high probability of admissibility as evidence in court. One cannot, in a sense, I suppose, tie the hands of the court. However, as we are in a position where we must give advice today on the installation of a record-keeping system that the company or organization, public or private, will be stuck with for the next five years, we would like to have some assurance that, five years from now when hard copy records have been destroyed or if the records may never have existed in hard copy form, that records generated by such systems would be admissible in court.

Finally, we recommend that, in order to address present realities and future trends, Bill S-33 also be amended to allow for the concept of the admissibility of records not necessarily made in the usual and ordinary course of business but those created with a view to submitting evidence, being an accurate picture of records or of a series of events which took place at a particular point in time. More and more information is kept in data bases. Monthly or quarterly reports are produced, and if one has a certain question, the record will be created at that time. For most of the systems, especially the ones that are fairly well set up, it is possible to recreate the state of the record as it was two years before. It is then possible, in light of a demand made with respect to litigation, to create a record of what took place two years prior to the demand.

Senator Deschatelets: Madam Chairman, perhaps the witness could give a more precise explanation in this regard. Let us consider a specific case of what he has already said. Could he try to do so? I think it would be more easily understood.

Mr. Knoppers: Take, for example, a personnel record, a payroll record or a pension record, perhaps in the Canadian government system. It is maintained as a data base. An address in that data base serves not only as the address for payroll purposes, but as the address for tax records, pension records and so on. Suppose that that address is changed. If the computer system is well set up, it keeps transaction logs of all changes that were made. This accumulates over time so that, if you want to prove that a person lived at a certain address three years ago, it is possible, by going through all of the transac-

[Traduction]

Il y a également la question du droit d'auteur, mais c'est là une histoire complètement différente. Nous estimons en outre qu'une définition de «document» devrait comprendre les ensembles d'instructions, ce qui permettrait également d'inclure le logiciel.

De notre point de vue, et c'est là notre seconde recommandation, le projet de loi S-33 serait renforcé s'il renfermait ces trois concepts fondamentaux et s'il prévoyait également des règlements qui appliqueraient ces concepts à des systèmes précis de tenue de documents et à une technologie appropriée. En d'autres mots, nous recommandons que le projet de loi permette l'établissement de critères grâce auxquels la production des divers types de documents informatisés serait recevable, ou fort probablement recevable, comme preuve devant les tribunaux. On ne peut pas lier les mains du tribunal. Toutefois, nous sommes dans une position où nous devons offrir des conseils aujourd'hui pour l'aménagement d'un système de tenue de documents que la société ou l'organisme, public ou privé, devra utiliser pendant les cinq prochaines années. Nous aimerions qu'on nous assure que, dans cinq ans, lorsque les documents sur supports en papier auront été détruits ou, s'ils n'ont jamais existé sous cette forme, les documents qui auront été constitués par de tels systèmes soient admissibles devant les tribunaux.

Finalement, nous recommandons, afin de tenir compte des réalités actuelles et de déterminer les tendances futures, que le projet de loi S-33 soit modifié de façon à permettre la recevabilité des documents qui ne sont pas nécessairement produits dans le cours normal des affaires mais qui sont créés en vue d'être soumis comme preuve pour servir d'«images» ou de dossiers précis sur une série d'événements qui ont été enregistrés à un moment donné. Il arrive de plus en plus souvent qu'on enregistre les données de cette façon. Des rapports mensuels ou trimestriels sont préparés et si on a une question précise, le document sera constitué à ce moment-là. Pour la plupart des systèmes, et particulièrement ceux qui sont relativement bien conçus, il est possible de reconstituer l'état du dossier tel qu'il était deux ans auparavant. On peut alors, en fonction de la demande présentée dans un cas de litige, constituer un document sur ce qui s'est produit deux ans avant la présentation de la demande.

Le sénateur Deschatelets: Madame le président, le témoin pourrait-il expliquer plus à fond ce qu'il vient de dire? Il serait bon d'avoir un exemple précis de ce dont il parle. Pourrait-il nous donner une meilleure explication? Je crois qu'on pourrait ainsi mieux comprendre.

M. Knoppers: Par exemple, prenons un document personnel, un document sur la feuille de paye ou un document sur les pensions, peut-être même au sein du gouvernement fédéral. On s'en sert comme base de données. Une adresse stockée dans cette base de données sert non seulement pour la feuille de paye, mais pour l'impôt, les pensions et ainsi de suite. Supposons qu'on change cette adresse. Si le système informatisé est bien conçu, il tient compte de toutes les modifications apportées. Ainsi, si vous voulez prouver qu'une personne vivait à une adresse donnée il y a trois ans, vous pouvez le faire; il suffit de

[Text]

tions, to recreate the state of that record as it was three years ago.

Perhaps Mr. Taylor has an additional comment to make.

Mr. Ron Taylor, Member of the Canadian Legislation and Regulatory Affairs Committee, the Association of Records Managers and Administrators: I would like to point out that, particularly on large computer systems, there is a complete record of all transactions, changes and updates, which constitutes the history.

Senator Deschatelets: This is my point. I am thinking especially of a claim in court, and I would be satisfied with an enumeration of all the transactions.

Mr. Taylor: To be specific, in business in general, if we are looking at a claim which is a kind of exception, we would want to look at a specific month or period in the year to which the claim related, and we then go back in a computer or a microfilm record history and find the appropriate area. We would much prefer, as business, to look at our computer or microfilm system rather than have to go through a whole mountain of paper. If we are talking about an older situation that is being queried, this paper could well be in secondary storage, in the archives or in the basement somewhere.

Senator Deschatelets: I would not even contest it if it is a microfilm, a photostatic copy or a copy of any kind if I am a defendant, as long as I am able to contest one claim out of a number of transactions, because I could say, "I did not buy at that time." You understand my point?

Mr. Taylor: Absolutely.

Senator Deschatelets: As long as I am able to do that there is nothing I can complain of; I have a right to full defence. That is my point. I do not mind whether it is a microfilm or a photostatic copy. I am ready to accept that as long as I have a full defence, and in order to have a full defence, if you have a claim against me, I need to have you show me a list of transactions and figures.

Mr. Knoppers: Our point is that that question did not arise two years ago, so the information we kept in the data base but was never put out in that form, that is as a hard-copy record. We recreate the state of the data base as it was two years ago. There are certain checks and criteria, of course, that have to be followed, which was our second recommendation. Then we create the record, in a sense, in response to litigation. I read the reports of some of your earlier sessions, where the point was made that these rights should be available equally to plaintiff and defendant, and we wholeheartedly endorse that principle.

What we would like to see in the law is recognition, as a legal principle, that, in so far as we are able to meet certain criteria to show that it is an accurate reflection of the informa-

[Traduction]

suivre toutes les transactions enregistrées, de reconstituer ce document tel qu'il était il y a trois ans.

Peut-être M. Taylor désire-t-il ajouter quelque chose.

M. Ron Taylor, membre du comité canadien des affaires législatives et réglementaires de l'Association des gérants et administrateurs en gestion des documents: J'aimerais signaler, particulièrement pour ce qui est des gros systèmes informatisés, qu'il existe un document complet sur toutes les transactions, modifications et mises à jour, qui forme l'historique du document original.

Le sénateur Deschatelets: C'est exactement ce que je dis. Je pense particulièrement à une revendication présentée devant les tribunaux; je serais satisfait d'une énumération de toutes les transactions.

M. Taylor: Pour être précis, dans le monde des affaires en général, si nous étudions une revendication qui représente un type d'exception, nous aimerions étudier un mois ou une période précise l'année sur laquelle porte cette revendication; nous étudions un document sur microfilm ou un document produit par un ordinateur pour connaître tous les faits et découvrir le point qui nous intéresse. Nous préfererions, comme hommes d'affaires, étudier notre système informatisé ou notre système sur microfilm plutôt que d'avoir à consulter des tonnes de documents sur papier. Si nous parlons d'une situation qui remonte à un plus grand nombre d'années, ces documents écrits pourraient se trouver dans un entrepôt, dans un sous-sol ou encore aux archives.

Le sénateur Deschatelets: Je serais satisfait s'il s'agissait de microfilms, de copies ou de photocopies si j'étais l'accusé, si je pouvais contester une revendication parmi tout un ensemble de transactions parce que je dirais: «Je n'ai pas acheté cela à ce moment-là». Comprenez-vous ce que je veux dire?

M. Taylor: Absolument.

Le sénateur Deschatelets: Dans la mesure où cela est permis, c'est-à-dire tant que j'ai droit à une pleine défense, je n'ai à me plaindre de rien. C'est le point que je voulais faire ressortir. Il m'importe peu que ce soit à l'aide de microfilms ou de photocopies. Je suis prêt à l'accepter dans la mesure où je peux me défendre pleinement et pour pouvoir le faire, si vous portez plainte contre moi, il faut que vous me montriez une liste de transactions et de chiffres.

M. Knoppers: Ce que nous voulons faire ressortir, c'est que cette question ne s'est pas posée il y a deux ans, de sorte que les renseignements sont demeurés dans la base de données, et n'ont jamais été présentés sous cette forme, c'est-à-dire sur un support de papier. Nous reconstituons la base de données telle qu'elle existait il y a deux ans. Il faut, bien sûr, suivre certains critères, ce qui était notre deuxième recommandation. Puis, nous produisons le document, en un sens, à cause du litige. J'ai lu le compte rendu de quelques-unes de vos réunions précédentes où certains ont affirmé que le demandeur et le défendeur devaient tous deux jouir de ces droits, ce avec quoi nous sommes tout à fait d'accord.

Nous aimerions en fait que la loi reconnaisse comme principe juridique que dans la mesure où nous sommes capables de satisfaire à certains critères quant à la véracité des renseigne-

[Text]

tion used for decision-making in business or in an organization two or three years ago, we can create a printout of that situation which would be admissible in court. It is something totally different from making-up a typewritten document and back-dating it. What we are really saying is that we are confident enough about the way systems operate to say that they have the ability to prove that we did use these transaction logs and would be willing to look at them from an audit or an external inspection point of view, in confidence if necessary where trade secrets were involved.

The other aspect is that the record as such may be scattered across Canada, where we have distributed processing and data bases and have bits of information existing, which are pulled together whenever somebody asks to have them pulled together to create a record. The Access to Information Act, has a special section that recognizes that, so in our opinion what is good for the federal government may be good for society as a whole.

Senator Godfrey: When you talked about recreating records I was under the impression that you were saying you had certain basic information, but two years ago you never had any reason to have a printout of that or use it because it was not relevant to your business. When a lawsuit comes along it may be relevant, if you are relying on the information; you can go back and recreate this new information. You used the illustration of a change of address, but you had the address originally, and it no doubt appeared on records. You also talk about something that never appeared on the printout.

Mr. Taylor: These are two different situations. The change of address is an update of a record.

Senator Godfrey: That is right.

Mr. Taylor: We might want to show that the person lived at that previous address earlier.

Senator Godfrey: But that has nothing to do with recreating a record from information.

Mr. Taylor: We store the record today in a series of data elements, which could represent transactions, addresses or whatever the business is into. With regard to a previous business record, if there is a transaction that took place in the normal business process three years ago, what we are faced with today is that we now have a query and might be into litigation, so we would like to query our computer or microfilm system to generate a paper document that we can now use as admissible evidence in court. Business's primary reason for discussing this situation is that previously when we dealt with paper; there is generally a paper record of a transaction at the point of sale, or something like this. Business does not want to carry that paper nor can it afford to or continue to do so. We translate the information about the transaction for which the initial invoice, shipment, advice or whatever, was given into the computer system; then we look at that computer system at any time we want to in the future to see how profligate we were in business and to answer any queries, or whatever, as they occur. This is our requirement.

[Traduction]

ments sur lesquels s'est fondée une entreprise ou une organisation deux ou trois ans auparavant pour prendre une décision, nous puissions produire un imprimé d'ordinateur qui serait recevable en preuve devant les tribunaux. Ce n'est pas du tout comme si nous tapions un document à la machine et l'antidations. En fait, nous sommes suffisamment certains de la façon dont les systèmes fonctionnent pour dire qu'ils peuvent prouver que nous avons utilisé ces journaux de transaction et que nous accepterions qu'ils fassent l'objet d'une vérification externe, confidentielle au besoin, s'il s'agissait de secrets industriels.

L'autre aspect, c'est que les éléments de données peuvent être éparpillés un peu partout au Canada où nous avons des installations de traitement et des bases de données, et n'être réunis que lorsque quelqu'un demande un document à leur sujet. La Loi sur l'accès à l'information contient des dispositions spéciales qui reconnaissent ce fait et nous pensons que ce qui vaut pour le gouvernement fédéral vaut aussi pour la société dans son ensemble.

Le sénateur Godfrey: Lorsque vous avez parlé de recrier des documents, j'avais l'impression que vous disiez avoir certains renseignements de base, mais vous n'aviez aucune raison il y a deux ans d'obtenir ou d'utiliser un imprimé d'ordinateur. Lorsque des poursuites sont intentées, ces renseignements prennent soudain pour vous de l'importance et vous pouvez revenir en arrière et les reconstituer. Vous avez utilisé à titre d'exemple un changement d'adresse, mais vous aviez l'adresse au départ et il ne fait aucun doute qu'elle figurait dans vos dossiers. Vous avez également parlé de données qui n'étaient jamais sorties sur imprimante.

M. Taylor: Ce sont deux situations différentes. Le changement d'adresse est une mise à jour d'un document.

Le sénateur Godfrey: C'est exact.

M. Taylor: Nous pourrions vouloir montrer que la personne demeurait auparavant à cette adresse.

Le sénateur Godfrey: Mais cela n'a rien à voir avec la reconstitution d'un document à partir de données.

M. Taylor: Nous emmagasinons les documents à l'heure actuelle dans une série d'éléments de données qui pourraient représenter les transactions, les adresses ou quelque autre activité intéressant l'entreprise. Quant aux anciens documents d'affaires, si une transaction a eu lieu dans le cours normal des affaires trois ans auparavant, il se pourrait qu'à cause d'un litige nous aimerions demander à notre système d'imprimés d'ordinateur ou de microfilms de produire un document sur papier que nous pourrions utiliser en tant que preuve admissible devant les tribunaux. La principale raison pour laquelle les entreprises discutent de cette situation, c'est qu'auparavant tout était sur papier; il existe habituellement une preuve écrite d'une transaction au moment de la vente, ou quelque chose du genre. Or, l'entreprise aujourd'hui ne tient pas à s'embarasser de ces documents écrits, non plus qu'elle ne peut se permettre de le faire. Nous versions dans l'ordinateur tous les renseignements au sujet de la transaction qui a fait l'objet de la facture ou de l'avis d'expédition initial; nous pouvons ensuite à n'importe quel moment interroger l'ordinateur pour voir comment

[Text]

Senator Godfrey: As a layman, I can recall that Eaton's had a disaster with a computer in respect of sending out their bills. Have you cleaned up your act since then?

The Chairman: You had better speak to Eaton's senator.

Senator Godfrey: I am asking the industry. It is no good trying to get a law through to accept computer evidence at a time when there is all this adverse publicity and the computer is an absolute disaster in dealing with the customers' records at Eaton's. I just wondered whether the state of the art had improved since the days when the Bank of Montreal had a disaster which resulted in the loss of \$75 million.

Mr. Taylor: I would suggest that computers have been used for 30 or 40 years, and particularly in the last 20 years, so we are on to third generation computers. The total state of the art as practised by Canadian business and Canadian government is very reliable.

Mr. Knoppers: This is why in recommendation 2 we want to allow for the establishment of criteria of what constitutes reliable systems appropriate to the technologies. For example, the government has a site inspection team for security. In more and more large companies it has started to form part of the audit stream. If those criteria were met with respect to a particular technology one would then have a high probability of the record being admissible in court. You look at the law in terms of the basic concepts and then look at the criteria as the application to the different technologies occurs, because there are different technologies and within technologies there are different levels of standards.

Senator Godfrey: On page 14 of your brief you say:

The question of data or information integrity is potentially more problematic in computer than in manual systems. A few computer commands can delete or modify digitized information while countless hours would be required to alter similar information if kept in hard copy in a manual system.

Everybody knows that even the experts found difficulties when faced with the so-called Hitler diary. They had to test the ink and and so on. With computers it is easy to fake. Yesterday we had evidence from the Canadian Bar Association, when Mr. Guthrie pointed out the difference in integrity between a computer system and using accountants and different employees whereby no one person could really do something. In a small business, let us say a one-man show, there is a computer and records. There is no problem for that man to change them some night. How do you deal with that situation in the criteria? You do not deal with that problem specifically.

[Traduction]

allait les affaires et pour répondre aux demandes de renseignements présentées, etc. Ce sont là nos besoins.

Le sénateur Godfrey: Je ne m'y connais pas trop en la matière, mais je me souviens qu'Eaton a déjà eu des problèmes de facturation causés par un ordinateur. Les choses se sont-elles arrangées depuis?

Le président: Je pense qu'il vous faudrait poser la question à Eaton, sénateur.

Le sénateur Godfrey: Je la pose à un représentant de l'industrie. Je pense que le moment n'est pas propice à l'adoption d'une loi qui rendrait admissibles en preuve des documents d'ordinateur, étant donné toute la publicité défavorable actuelle et le fouillis dans les comptes des clients d'Eaton. Je me demandais tout simplement si cet art s'était amélioré depuis le jour où la Banque de Montréal a connu un désastre qui a entraîné la perte de 75 millions de dollars.

M. Taylor: Vu que les ordinateurs sont utilisés depuis 30 ou 40 ans, depuis les 20 dernières années surtout, je dirais que nous en sommes aux ordinateurs de la troisième génération. Cet art, tel qu'il est pratiqué par les entreprises et le gouvernement canadien, est très sûr.

M. Knoppers: C'est pourquoi nous voudrions à la recommandation 2 que soient établis des critères qui assurent des systèmes fiables qui conviennent aux technologies. Par exemple, le gouvernement a une équipe d'inspection des lieux à des fins de sécurité. Chez de plus en plus de grosses compagnies, cela est devenu un élément de la vérification. Si ces critères étaient satisfaits en ce qui concerne une technologie donnée, il est fort probable que les documents produits seraient recevables en preuve. Il faut tout d'abord examiner les notions juridiques de base et puis les critères, à mesure qu'ils sont appliqués aux différentes technologies, parce que les technologies diffèrent, de même que les niveaux des normes dans chaque domaine.

Le sénateur Godfrey: Vous dites à la page 14 de votre mémoire:

La question de l'intégrité des données ou des renseignements contenus dans les bases de données est potentiellement plus problématique dans les systèmes informatiques que dans les systèmes manuels. En effet, quelques commandes d'ordinateur peuvent supprimer ou modifier des renseignements numériques tandis qu'un nombre incalculable d'heures serait nécessaire pour altérer des renseignements de même nature conservés sur papier dans un système manuel.

Tout le monde sait que même les experts ont été confondus par le supposé journal d'Hitler. Il leur a fallu tester l'encre et ainsi de suite. Il est facile de fabriquer des faux avec des ordinateurs. Hier, la preuve nous en a été donnée par l'Association du barreau canadien lorsque M. Guthrie a signalé la différence d'intégrité entre un système informatisé et un système tenu par des comptables et différents employés où personne ne pouvait vraiment faire quoi que ce soit. Prenons une petite entreprise qui serait exploitée, disons, par une seule personne et dont les documents seraient sur ordinateur. Rien n'empêche cette personne de modifier les documents un certain soir. S'il existait

[Text]

You talk about security. Must the judge decide whether he is an honest man, that he has not changed it? How do you handle that problem?

Mr. Knoppers: Senator, you have made two points. First you have dealt with the trustworthiness of systems, and, secondly, the difference between large and small computers. I will let Mr. Taylor talk about trustworthiness and I will say something about large and small computers. You have mentioned some of the tremendous mistakes made by companies. There is nothing like losing \$75 million to make one learn a lesson and ensure that one gets it right the next time. For example, usually people can only add data to a system, they cannot delete data. Those who delete data have to go through the normal check or verification process.

With respect to the differences between small and large businesses, yes, that is true, and one could seek, for example, different sets of criteria for systems of a certain nature or size. A small businessman like myself uses packaged programs. We keep a lot of our records in machine readable form only. If I mail a certain letter to 10 people, I use, for example, mailing list number five, my draft letter is on another disc, and I make a notation "Copy of letter sent to mailing list number five". I do not have hard copies of that. It may be more difficult for me to present proof than it is for large companies. However, in my record-keeping practice, the records that I keep and maintain have to have the same degree of trustworthiness. It is really something for the court to decide. With respect to larger systems, a more standardized set of criteria would apply.

Mr. Taylor: On the subject of larger systems, it is in everyone's interest—government, military, business and even individuals—to have the computer running to some form of standard. Whenever we put in a system which involves hardware and software, that system will be benchmarked to certain criteria. We are very much concerned that it will do an effective job for us on an ongoing basis. If we were into a testing procedure and had a computer system involving various operational tests, recovery, security and full audit, we would want that system to do a good job for us, so that we could stand up in court and say that our system was running effectively and that we could prove it, and know that our records will be accepted. If business has a target to aim at with regard to microfilm systems—there exists the national standard of Canada microfilm documentary evidence standard—then big business could actually run its microfilm systems to that, so that we were all running to an accepted standard. We suggest that there should be similar standards laid down for computer systems. They can be easily installed, checked and controlled on larger systems, which would be good for both business and the individual.

With regard to small systems, it is much more difficult, since they do not have the same security, audit and recovery capabilities. The mini-computer business in Canada is booming. Both large business and individuals will be using their own small desk top computers, and we should take into consider-

[Traduction]

des critères, comment s'appliqueraient-ils dans ce cas-là? Vous n'abordez pas ce problème spécifiquement. Vous parlez de sécurité. Le juge doit-il se prononcer sur l'honnêteté de cette personne, décider qu'elle n'a pas modifié les documents? Comment aborderiez-vous ce problème?

M. Knoppers: Sénateur, vous venez de parler de deux choses différentes: la fidélité des systèmes et la différence entre de gros et de petits ordinateurs. Je vais laisser la parole à M. Taylor pour ce qui est de la fidélité et je vous dirai moi-même quelques mots au sujet des gros et des petits ordinateurs. Vous avez mentionné certaines des erreurs grossières faites par des entreprises. Une personne qui perd 75 millions de dollars tire sa leçon et ne fait pas deux fois la même erreur. Habituellement, les gens ne peuvent qu'ajouter des données; ils ne peuvent en supprimer. Ceux qui le font doivent suivre le processus normal de vérification.

Quant aux différences entre les petites et les grosses entreprises, oui, c'est exact, il en existe, et on pourrait par exemple chercher à établir des critères différents pour les divers types de systèmes. Un petit homme d'affaires comme moi utilise des progiciels. Une bonne partie de nos documents n'est exploitable que par machine. Si j'envoie une certaine lettre à dix personnes, j'utilise par exemple la liste de diffusion n° 5; mon projet de lettre est sur un autre disque et je note «Copie de la lettre envoyée aux destinataires dont le nom figure sur la liste de diffusion n° 5». Je n'en garde pas de copie sur fiche. Il me serait peut-être plus difficile qu'à de grandes entreprises de présenter une preuve. Toutefois, les documents que je tiens doivent être tout aussi fiables que les leurs. La décision finale revient aux tribunaux. Pour ce qui est des plus gros systèmes, des critères plus standardisés s'appliqueraient.

M. Taylor: Il est dans l'intérêt de chacun, gouvernement, armée, entreprise et même particuliers, que les plus gros systèmes soient exploités selon une certaine norme. Tout nouveau système comportant du logiciel et du matériel devrait être établi en fonction de certains critères. Nous tenons à ce que les systèmes nous satisfassent en permanence. S'il nous fallait incorporer à un système divers tests opérationnels, la récupération, la sécurité et la vérification, nous voudrions qu'il fonctionne parfaitement bien de façon à pouvoir affirmer devant les tribunaux qu'il fonctionne efficacement et être assurés que nos documents seront acceptés. Si les entreprises avaient un certain objectif en ce qui concerne les microfilms—il y a une norme nationale en ce qui concerne les preuves documentaires sur microfilm au Canada—alors les grosses entreprises pourraient toutes fonctionner en fonction d'une norme acceptée. Nous suggérons que des normes analogues soient adoptées à l'égard des systèmes informatisés. Celles-ci pourraient être facilement appliquées, vérifiées et contrôlées sur les plus gros systèmes, ce qui aurait du bon et pour les entreprises et pour les particuliers.

Cette solution est beaucoup plus difficile à appliquer dans le cas des petits systèmes étant donné qu'ils n'ont pas la même capacité au chapitre de la sécurité, de la vérification et de la récupération. Le commerce des mini-ordinateurs est florissant au Canada. Les entreprises et les particuliers utilisent leurs

[Text]

ation the fact that we need to do something in that area, because it is in the individual's interest that records from smaller computer systems are also admissible.

The Chairman: I just want to interject at this stage to ask a supplementary. In drawing these criteria, can you suggest a reliable line of demarcation between the two kinds of computer systems? Is there technical demarcation where you could say "These are the systems that should come under this particular set of criteria and the rest should go into another set"?

Mr. Taylor: It is much easier to meet criteria on a large system that will be used by large and medium-size business.

The Chairman: When you say "a large system," are you talking about the machinery or the company that uses it—the quantity?

Mr. Taylor: I am talking about the total computer equipment and system that a company would be using.

Senator Godfrey: To focus on my point, let us say there is a one-man operation, where, as you have pointed out, it is much more difficult to have security. What kind of criteria should we have for that kind of situation? Are we to insist that the man swears under oath that he has not altered it, because he could alter it very easily? How do we solve that problem?

Mr. Taylor: For taxation purposes, the one-man operation or small business would keep supporting documentation to substantiate what had been entered as new records into that system, however small. There can be a way of keeping such records to indicate that the system constitutes an electronic record of the original paper document transaction entered into the system.

Senator Godfrey: So there is a way that an auditor can check on a small businessman to see that he has not altered anything.

Mr. Taylor: There could be a foundation established to say that even with a small system it was legitimately and effectively completed. It would be much more labour intensive to do that on small systems than on the general purpose business computer that small, medium and large business would use. They have a lot of system checks for all parts of the system as it is used, right from the start of transactions to final management reporting. There are a lot of self-checks.

Mr. Knoppers: Mr. Hopkins has some comments to make. Technology is changing fast, and I believe that it should be up to the individual or company to show that they could meet the criteria and be able to demonstrate that in court. They would have to show that they met the criteria, be it through audit, annual statements or inspection. That is the type of approach which should be followed.

Mr. Mark Hopkins, Member of the Canadian Legislation and Regulatory Affairs Committee, the Association of

[Traduction]

propres petits ordinateurs et il nous faudrait en tenir compte parce qu'il est dans leur intérêt que les documents produits par de plus petits systèmes soient également admissibles.

Le président: Permettez-moi de vous interrompre pour vous poser une question supplémentaire. Dans l'élaboration de ces critères, où proposeriez-vous de tracer une ligne de démarcation entre ces deux genres de systèmes informatiques? Existe-t-il une démarcation qui vous permettrait de dire: «Ces critères s'appliqueront à ces systèmes-ci et ceux-là à d'autres»?

M. Taylor: Il sera beaucoup plus facile de satisfaire aux critères pour ce qui est des gros systèmes utilisés par des entreprises grosses et moyennes.

Le président: Lorsque vous parlez de «gros systèmes» faites-vous allusion au matériel ou à l'entreprise qui l'utilise?

M. Taylor: Je fais allusion à l'équipement et au système utilisé par une entreprise.

Le sénateur Godfrey: Revenons au système qui serait exploité par une seule personne et dans le cas duquel, comme vous l'avez mentionné, la sécurité pose un problème beaucoup plus grand. Quels critères devraient s'appliquer dans ce genre de situation? Devrions-nous insister pour que cette personne jure sous serment qu'elle n'a pas modifié les données étant donné qu'il lui serait très facile de le faire? Comment résoudre ce problème?

M. Taylor: A des fins d'impôt, le travailleur indépendant ou la petite entreprise devrait garder ses documents de base pour pouvoir montrer quels nouveaux documents ont été introduits dans le système, si petit soit-il. Il y a une façon de tenir de tels documents qui indique que le système produit un enregistrement électronique du document original sur papier introduit dans l'ordinateur.

Le sénateur Godfrey: Un vérificateur peut donc s'assurer qu'un petit homme d'affaires n'a touché à rien.

M. Taylor: On pourrait établir un fondement, de sorte que l'on puisse dire que, même avec un petit système, la vérification a été effectuée de façon légitime et efficace. Il faudrait beaucoup plus de main-d'œuvre pour le faire avec de petits systèmes qu'avec l'ordinateur polyvalent qu'utilisent les petites, les moyennes et les grosses entreprises. Elles effectuent une foule de vérifications de toutes les parties de leur système, depuis le tout début des transactions jusqu'aux derniers comptes rendus établis par la direction. Il s'effectue automatiquement une foule de vérifications.

M. Knoppers: M. Hopkins a quelques observations à formuler. La technologie évolue rapidement, et je suis d'avis qu'il devrait revenir au particulier ou à la société de montrer qu'ils peuvent répondre aux critères et le prouver devant un tribunal. Ils devraient prouver qu'ils ont répondu aux critères, que ce soit au moyen d'une vérification comptable, d'états annuels ou d'une inspection. C'est le genre de méthode qu'il faudrait adopter.

M. Mark Hopkins, membre du comité canadien des affaires législatives et réglementaires de l'Association des gérants et

[Text]

Records Managers and Administrators: We have touched on an interesting analogy that is worth developing. If I, as a small businessman, keep my own books, then perhaps, in the eyes of the court, that becomes slightly more problematical for me in attempting to enter them as evidence, than if I were a large corporation with Price Waterhouse auditing my financial activities. Part of the decision as to whether I do the books myself or hire someone else to do it, and the type of people that I hire to do it, becomes a business decision which I have to weigh. I have to consider whether the cost of it is justified in terms of the end that I am trying to achieve. It is far easier for the person with the small micro-computer system in the office to give oral evidence or first hand evidence, than it is to bring in an army of experts on a large national or international system. So I think that in addition to the comments made by my colleagues about applicability of criteria of trustworthiness, there is also a practical aspect, that being, who can come into court and give evidence.

The Chairman: Mr. Taylor, we will now hear your presentation.

Mr. Taylor: The concern of most businesses is that the Canada Evidence Act reflect the times in which we live. Increasingly, computers are being used by smaller businesses and individuals. It is effective for businesses to keep their records on computer and microfilm systems. For instance, many large companies have electronic word processing equipment, which has replaced the typewriter. These word processors can often be connected throughout a company to form a network. So rather than move paper documents around the business, it is moving electronic documents, in terms of electronic mail, to the principal so that the principal can make effective business decisions. This system is also available for the principal to obtain information as it is needed and it is much more effective from a business point of view to obtain information out of the computer or microfilm system than to go searching through a lot of paper. It is convenient, cost-effective and it is good for Canadian competitiveness on a world scale.

So what we would like to see are standards similar to that, for instance, the government instituted with regard to microfilm, apply to computer systems. We would like to work with you to develop these standards. That is my main point. If we have these standards suggested by Canadian bankers, British computer legislation, etc., business will be pleased to comply.

The Chairman: Mr. Hopkins?

Mr. Hopkins: Perhaps the first consideration for anyone litigating evidence is to get in as much of your evidence as possible and keep out as much of your opponent's evidence as possible. In looking at the development of the Evidence Act and common law aspects of evidence one of the problematic outcomes is the extensive case law that we have, such as the ten volume work of Wigmore on evidence. We are somewhat

[Traduction]

administrateurs en gestion des documents: Nous avons fait une analogie intéressante qu'il vaut la peine d'expliquer. Si, en tant que propriétaire d'une petite entreprise, je tiens mes propres registres, il est alors possible qu'aux yeux du tribunal il devienne légèrement plus compliqué de tenter de les produire en preuve que si j'étais propriétaire d'une grosse société dont Price Waterhouse vérifiait les activités financières. La décision de tenir moi-même les registres ou d'embaucher quelqu'un pour le faire, de même que le choix de telle ou telle personne, devient une décision d'affaires que je dois peser. Je dois voir si cela en vaut la chandelle, compte tenu de l'objectif que je désire atteindre. Il est beaucoup plus facile pour la personne qui a dans son bureau un micro-ordinateur de présenter une preuve orale ou une preuve de première main qu'il ne l'est d'amener une foule d'experts pour donner leur avis sur un vaste système national ou international. Je suis donc d'avis que, outre les commentaires formulés par mes collègues sur l'applicabilité de critères de fiabilité, il faut également tenir compte d'un aspect pratique, c'est-à-dire des personnes qui peuvent se présenter devant un tribunal pour fournir la preuve.

Le président: Monsieur Taylor, nous sommes maintenant prêts à entendre votre exposé.

M. Taylor: Ce que souhaitent la plupart des entreprises, c'est que la Loi fédérale sur la preuve reflète l'époque dans laquelle nous vivons. De plus en plus, les petites entreprises et les particuliers utilisent des ordinateurs. Les entreprises jugent qu'il est efficace de tenir leurs registres grâce à des ordinateurs et à des systèmes de microfilms. Par exemple, dans une foule de grosses sociétés, un matériel électronique de traitement de l'information, a remplacé la machine à écrire. Ces unités de traitement peuvent souvent être reliés de façon à former un réseau couvrant l'ensemble d'une société. Ainsi, au lieu de faire circuler des documents un peu partout dans l'entreprise, on les fait circuler par courrier électronique, jusqu'au chef, qui peut prendre des décisions professionnelles efficaces. Le chef peut également recourir à ce système pour obtenir les renseignements dont il a besoin, et il est beaucoup plus efficace, sur le plan des affaires, de recueillir des renseignements grâce à un ordinateur ou à un système microphonique que de fouiller parmi un tas de documents. Cette méthode est commode et rentable, et elle permet d'assurer la compétitivité du Canada à l'échelle mondiale.

Ainsi, nous voudrions, que soient appliquées aux systèmes informatisés, des normes comparables à celles que le gouvernement a établies, par exemple, pour les microfilms. Nous aimerions vous aider à élaborer ces normes. C'est le point sur lequel je veux insister. Si ces normes sont proposées par des banquiers canadiens, ou découlent de lois britanniques sur l'informatique, etc., les entreprises seront heureuses de s'y conformer.

Le président: Monsieur Hopkins?

M. Hopkins: Celui qui conteste une preuve doit avant tout s'arranger pour faire admettre le plus de preuves possibles de son côté et en faire rejeter le plus possible de la partie adverse. Lorsqu'on jette un coup d'œil sur l'évolution de la Loi sur la preuve et sur les aspects de la *common law* traitant de la preuve, on constate une de ses conséquences qui est problématiques; c'est la jurisprudence considérable dont nous disposons,

[Text]

concerned that this growth may continue to develop in the area of business records, although in the 1960s evidence acts were being adjusted to meet the existing work situations in private and government offices. In other words, the industrialization of office activities is to some extent met by the inclusion of sections dealing with business records where you have anonymous people doing various things to pieces of paper. When we move into the computer era, we will have even more anonymized activities going on, since we will not know who exactly wrote a certain thing. We may also have a situation where a hard copy document was never even created.

I think that the thrust of present evidence law tends to deal with classes of records. For example you have public records, business records, bank records, medical records. From a layman's point of view, I suggest that what the courts and people need is trustworthiness, not classes of records. So the recommendations that we have set out in our brief are aimed at working towards establishing trustworthiness because that is what the courts, business and society needs.

Senator Deschatelets: First, I would like a little more information about your association. You are speaking on behalf of the Association of Records Managers and Administrators. Where are you situated in this computer era?

Mr. Knoppers: Records management came into being after World War II when both business and government paper system began to expand. These people are in charge of keeping the company's records, organizing the filing systems and so on; a costly, voluminous and labour intensive exercise. At first, microfilm became the new technology for the storage, ease of copying and ease of use of information. From an organizational and operational point of view, the idea is to microfilm documents which are used in the daily course of business. This led to the question of the legality of microfilm as evidence in court. That was our first encounter, you might say, with the new technologies.

Over the past 20 years, computers have become involved in more areas when such routine administrative areas as finance and personnel records where things are rather straightforward. Now, more and more of the total information being handled in a company may exist in electronic form only.

Where do records managers fit into the scheme of things in a corporation? Some may be at the bottom of the totem pole and others may be in charge of the information management for the whole company.

[Traduction]

notamment les travaux en dix volumes de Wigmore sur la preuve. Nous craignons quelque peu que cette avalanche de documents ne continue de se produire dans le cas des registres d'affaires, bien que, dans les années 60, on ait adapté les lois sur la preuve de façon qu'elles répondent aux situations de travail qui existaient dans les bureaux du secteur privé et de la fonction publique. En d'autres termes, on a tenu compte dans une certaine mesure de l'industrialisation des activités de bureau en ajoutant des articles traitant des dossiers d'affaires, dans les cas où des personnes anonymes s'occupent de diverses façons des documents. Lorsque nous entrerons dans l'ère de l'informatique, les activités seront anonymes, puisque nous ne saurons pas exactement qui a rédigé tel ou tel document. Il sera également possible qu'un document n'ait même jamais été rédigé sur papier.

Je pense que la législation actuelle sur la preuve a tendance à s'intéresser à des catégories de dossiers. Par exemple, il existe des dossiers publics, des dossiers professionnels, des dossiers bancaires, des dossiers médicaux. En tant que profane, je pense que ce que les tribunaux et les particuliers désirent, c'est s'assurer de la véracité des dossiers, et non pas de la catégorie à laquelle ils appartiennent. Ainsi, les recommandations que nous avons exposées dans notre mémoire visent à établir la véracité des dossiers, car c'est ce dont les tribunaux, les entreprises et la société ont besoin.

Le sénateur Deschatelets: Tout d'abord, je voudrais avoir un peu plus de renseignements sur votre association. Vous vous faites le porte-parole de l'Association of Records Managers and Administrators. Où vous situez-vous par rapport à cette ère de l'informatique?

M. Knoppers: La gestion des dossiers est apparue au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, époque où les systèmes de dossiers des entreprises et du gouvernement ont commencé à prendre de l'expansion. Les membres de l'Association sont chargés de tenir les dossiers de sociétés, d'organiser les systèmes de classement et ainsi de suite; c'est un processus coûteux, complexe et exigeant beaucoup de main-d'œuvre. Au départ, le microfilm est devenu la nouvelle technique facilitant le stockage, la reproduction et l'utilisation des renseignements. D'un point de vue organisationnel et opérationnel, il s'agit de microfilmer des documents qui sont utilisés quotidiennement par une entreprise. Cela nous a amené à nous interroger sur la légalité d'utiliser des microfilms comme preuve devant un tribunal. Ce fut notre première rencontre, si je puis m'exprimer ainsi, avec les nouvelles techniques.

Au cours des vingt dernières années, les ordinateurs ont de plus en plus servi pour autre chose que des activités administratives courantes telles que la gestion des dossiers financiers et des dossiers du personnel, où les choses sont plutôt simples. Aujourd'hui, un pourcentage de plus en plus grand des renseignements utilisés par une société n'existe que sous forme électronique.

Où se situent les gestionnaires de dossiers au sein d'une société? Certains peuvent se trouver au bas de l'échelle, d'autres peuvent s'occuper de la gestion de l'information pour toute la société.

[Text]

Senator Deschatelets: But are companies hiring your services to determine what kind of system they should install and are you supervising the installation of the system? Is this what you are involved in?

Mr. Knoppers: We are involved in the actual running of the records within an organization, setting up the filing system, microfilm retrieval, cost benefit analysis and so on. Every company has a records analyst or people of that nature. As the company begins to look upon information as an asset, records managers, information managers, EDP people, microfilm people etc. are converging together. The involvement of records management spans everything from a straightforward filing clerk to people in charge of organizations dealing in information.

Senator Deschatelets: At the bottom of page 12 of your brief you give criteria which the government should follow in amending Bill S-33. The criteria include proof of the sources of the information recorded, proof that the information in the data base was recorded, proof that the entries into the data base upon which the printout is based were in the regular course of business and so on. Recently we had before this committee the Canadian Payments Association.

Let me just refer to one of the recommendations of the Canadian Payments Association which is much simpler. They said:

It seems to us that, subject to certain safeguards to which we will later refer, a better approach would be to declare that an intelligible record produced over the hand of an officer of a financial institution . . .

(i) is an original of the transaction;

(ii) is admissible into evidence as proof of that transaction; and

(iii) in the absence of contradictory evidence, is conclusive in law of the accuracy of the information therein recorded.

That agency and other corporations which operate in this field told us that they did not want to be hauled into court to prove and to establish the complexity of these computers, because that would require more than one expert and there would be no end to the matter. It would be very expensive. They don't want that.

In view of the fact that you have established a system and give advice to companies about what in your view is the best system, I am somewhat surprised at your position. You list a number of criteria here and there seems to be no end to it. If we were to put that into Bill S-33 it would cause great difficulty for these organizations. Surely you don't want that.

Mr. Knoppers: I don't think there is a contradiction here. We are looking for certain criteria so that a system, if it met those criteria, could be certified so that from a practical point

[Traduction]

Le sénateur Deschatelets: Mais les sociétés vous demandent-elles vos services pour déterminer quel genre de système elles devraient installer, et surveillez-vous cette installation? Est-ce ce dont vous vous occupez?

M. Knoppers: Nous nous chargeons de l'organisation réelle des dossiers d'un organisme, de l'établissement du système de classement, de l'extraction des dossiers sur microfilm, des analyses de rentabilité et ainsi de suite. Chaque société possède un analyste des dossiers ou l'équivalent. A mesure que la société commence à considérer les renseignements comme un atout, les gestionnaires de dossiers, les gestionnaires en information, les informaticiens, les microfilmistes, etc., se rapprochent les uns des autres. La gestion des dossiers va du simple commis chargé du classement aux dirigeants d'organismes s'occupant de renseignements.

Le sénateur Deschatelets: Au bas de la page 12 de votre mémoire, vous exposez des critères dont vous pensez que le gouvernement devrait s'inspirer pour modifier le projet de loi S-33. Ils comprennent la preuve des sources des renseignements enregistrés, la preuve que les renseignements figurant dans la base de données ont été enregistrés, la preuve que les entrées figurant dans la base de données sur lesquelles l'imprimé est fondé ont été enregistrées dans le cours habituel des affaires, et ainsi de suite. Récemment, le Comité a entendu l'Association canadienne des paiements.

Permettez-moi de me reporter seulement à une de ses recommandations, qui est beaucoup plus simple. L'Association a déclaré ce qui suit:

Il nous semble que, sous réserve de certaines garanties sur lesquelles nous reviendrons plus tard, il serait préférable de déclarer qu'un document intelligible produit sous la signature d'un agent d'une institution financière, . . .

(i) est un document original relativement à la transaction;

(ii) est recevable et fait preuve de la transaction; et

(iii) en l'absence de preuve contraire, atteste en droit de l'exactitude des renseignements qui y sont contenus.

Cet organisme et d'autres sociétés qui sont actives dans ce secteur nous ont déclaré qu'ils ne voulaient pas être forcés de prouver et d'établir devant un tribunal la complexité de ces ordinateurs, car il faudrait entendre plus d'un expert et le processus serait interminable. En outre, cela coûterait très cher. Ils s'y opposent.

Étant donné que vous avez établi un système et conseillé des sociétés sur ce qui constitue à votre avis le meilleur système, votre position m'étonne quelque peu. Vous dressez une liste de critères qui semble interminable. Si nous devions les insérer dans le projet de loi S-33, cela causerait de graves difficultés à ces organismes. Vous ne voudriez certainement pas que cela se produise.

M. Knoppers: Je ne pense pas qu'il y ait de contradiction. Nous cherchons à établir certains critères de sorte qu'un système, s'il répond à ces derniers, puisse être certifié et que,

[Text]

of view there would be no need to bring in a whole army of experts.

For example, here we give some of the criteria which, although not in the law itself, would come out as regulations or would be pursuant to the law in terms of a legal instrument, and that would make for a practical applicability.

Actually, with respect to the Canadian Payments Association or the Canadian bankers, although their systems seem fairly complex, they are really relatively simple in that they are single-function organizations. Consequently, there should be no difficulty in having their systems certified by a party who would be acceptable to both plaintiff and defendant and perhaps to the court.

We are saying here that the proof of the sources of the information recorded is that one does have an adequate set of documentation with respect to how the data is to be entered, or was actually entered at a certain point in time. That would involve being able to show how the information was entered and that the way in which it was entered left little chance for error or alteration. In other words, these are really data integrity criteria which could be used as a set of standards which one would have to meet and with which one could deal.

When you talk about business records in general, you also have to include textual information, information which never appears in hard-copy form, such as words, graphics, etc. as opposed to numbers or payments or financial records or things of that sort. We would like to see some of these things generalized as concepts in law and made equally applicable to all businesses.

Certain types of businesses will find it easier in the beginning to meet these criteria. They are large and well organized and cannot afford to make mistakes. A number of businesses operate in the same areas—for example, banks and financial institutions—and perhaps they could work out with the appropriate authorities just what might be considered an acceptable set of criteria or standards in that specific area.

The reason we included these criteria was to give you some indication of what we consider to be elements of data integrity, emphasizing what Mr. Hopkins referred to as “trustworthiness.” We are saying that if these criteria or standards are met and one can demonstrate that as a fact—and perhaps one would not necessarily have to do that in court but could do it through some audit procedure—then there would be a high probability of the admissibility of the evidence.

Senator Deschatelets: Would you agree, then, with the recommendation of the Canadian Payments Association that an intelligible record could be produced over the hand of an officer of a financial institution to be recognized as an original record of the transaction without the necessity of an accompanying affidavit? Would you be satisfied with that?

[Traduction]

sur le plan pratique, il ne soit pas nécessaire de recourir à une foule d'experts.

Par exemple, nous énumérons ici certains des critères qui, sans être insérés dans la loi même, constitueraient un règlement ou seraient conformes à la loi en tant qu'instrument juridique, et seraient d'application pratique.

A vrai dire, en ce qui concerne l'Association canadienne des paiements ou les banquiers canadiens, bien que leurs systèmes semblent assez complexes, ils sont en réalité relativement simples, car ces organismes n'exercent qu'une seule fonction. Ainsi, il ne devrait pas être difficile de faire certifier leurs systèmes par une partie acceptable à la fois pour le plaignant et le défendeur, voir le tribunal.

Nous disons ici que la preuve des sources des renseignements enregistrés, c'est qu'on dispose d'une documentation suffisante sur la façon dont les données doivent être enregistrées ou l'ont été effectivement à un moment donné. Il faut ainsi pouvoir montrer comment les renseignements ont été enregistrés, et prouver que la façon dont ils l'ont été présentait peu de risques d'erreur ou de modification. En d'autres termes, il s'agit réellement de critères de validité des données qui pourraient être utilisés comme une série de normes à respecter et à suivre.

Lorsqu'on parle de dossiers d'affaires en général, il faut également tenir compte des renseignements textuels, des renseignements qui n'apparaissent jamais sur support en papier, tels que des mots, des graphiques, par rapport aux chiffres, aux paiements, aux dossiers financiers, etc. Nous voudrions que certaines de ces règles soient généralisées en tant que principes de droits et soient applicables également à toutes les entreprises.

Au début, certains genres d'entreprises auront plus de facilité à respecter ces critères, parce que ce sont de gros établissements bien organisés qui ne peuvent s'offrir le luxe de commettre une erreur. Comme un certain nombre d'entre eux exercent le même genre d'activités, par exemple les banques et les établissements financiers, peut-être seraient-ils en mesure d'élaborer avec les autorités compétentes ce qui pourrait être considéré comme un ensemble acceptable de critères ou de normes dans ce domaine.

Si nous avons inclu ces critères, c'est pour vous donner une idée de ce que nous considérons comme des preuves de la valeur des données, reprenant ainsi ce que M. Hopkins a appelé la «vérité» des données. A notre avis, si ces critères ou normes sont respectés et s'il est possible de le prouver, sans nécessairement recourir aux tribunaux mais par exemple grâce à une certaine vérification, il est très probable que ces données seraient recevables en preuve.

Le sénateur Deschatelets: Acceptez-vous alors la recommandation de l'Association canadienne des paiements selon laquelle un document intelligible pourrait être présenté par le représentant d'un établissement financier et reconnu comme document original de la transaction sans qu'il soit nécessairement accompagné d'une déclaration sous serment? Seriez-vous d'accord?

[Text]

Mr. Hopkins: I have a concern with that, senator, in that I believe it tends toward the area of introducing self-serving evidence.

Senator Deschatelets: Yes, I can see that.

Mr. Hopkins: Yes, I would have some concerns about that. There was an interesting editorial in the *Globe and Mail* some time ago which commented on the review being done with respect to trust companies which had run into problems in Ontario. Apparently one comment by the person in charge of the business was that, of the files that he reviewed, there was not a single file that was complete. It might be possible to record the conjecture that had Greymac Trust gone forward to court prior to the situation in which they found themselves an officer might have been quite willing to sign some document. I have some concerns about that.

Senator Deschatelets: I think we have to keep in mind that there are classes of documentation that do disappear after a certain length of time. For example, banks do not keep their checks forever. In such cases it will be impossible for the banks to produce the original documents.

Mr. Knoppers: There we look at the data base as the total record from which you can make a mini-record at any point in time. Again it is a question of legal concepts which could be worked out in practice. For example, the record of a transaction that takes place in an automated teller exists, but it exists only as part of a large data base which exists in different places. Because there is one record for the whole company which is now dynamic and is changing and is spread out over the whole of Canada, if you want an extract of the company record, it is created at the time. Moreover, at the time it is created it is an original. The terms, "originals" and "duplicates" and so on are hard-copy concepts in terms of a record.

Therefore, if a business relies on its data base for day-to-day decision-making and deems that to be the best information available for its decision-making, then that is the basis on which it makes its decisions and that perhaps should also be the basis on which that information should be judged admissible.

Senator Deschatelets: I think everyone would agree that we have already entered the electronic era and that that has begun to affect many aspects of our way of life. Obviously, we must adjust to the changes and so must the legislators. Perhaps one of the purposes of Bill S-33 is to try to make such an adjustment. But in adjusting to this electronic fact, we must not forget the human aspects. Do you agree?

Mr. Knoppers: This is why I think Mr. Hopkins made the point about trustworthiness, and we would very much like to see this type of legislation introduce basic principles which apply, regardless of the technology to date. At present the law is rather narrowly focused and within itself includes a number of definitions which were tied in to a certain mode of representation or transmission of records. What the use of computers and communications has brought into focus is that if the law is tied to a particular technology—in this case hard copy and to

[Traduction]

M. Hopkins: Une chose me chicoterais sénateur; c'est qu'à mon avis cela reviendrait pratiquement à présenter une preuve dans l'intérêt de celui qui la formule.

Le sénateur Deschatelets: Oui, je vous suis.

M. Hopkins: J'aurais effectivement certaines réticences. Il y a quelque temps, l'éditorialiste du *Globe and Mail* a écrit un article intéressant concernant l'étude qu'on fait actuellement des sociétés fiduciaires qui ont éprouvé des difficultés en Ontario. Apparemment, un responsable de la société en question a déclaré que, parmi les dossiers qu'il avait revus, pas un seul n'était complet. On pourrait bien supposer que, si la société Graymac Trust s'était adressée aux tribunaux avant de connaître les difficultés qu'elle a éprouvées, un responsable aurait pu consentir à signer un document. Je me pose certaines questions à ce sujet.

Le sénateur Deschatelets: Je crois qu'il faut bien se rappeler qu'il y a diverses catégories de documents qui disparaissent après un certain temps. Par exemple, les banques ne gardent pas les chèques annulés indéfiniment. C'est donc dire qu'il est impossible pour ces dernières de présenter l'original.

M. Knoppers: Mais il est ici question de la base de données générale à partir de laquelle on peut tirer certaines données à un moment précis. Là encore, c'est une question de notions juridiques qui pourraient être rendues compatibles avec la pratique. Par exemple, l'enregistrement d'une transaction qui s'est faite par guichet automatique existe, mais il n'est qu'une partie de la vaste base des données qui existe à différents endroits. Comme la société possède un seul dossier qui change constamment et qui touche l'ensemble du Canada, si vous en voulez un extrait, on le crée à ce moment-là. En outre, au moment où il est créé, cet extrait constitue un original. Les termes «originaux» et «doubles» désignent des copies en clair dans le cas d'un dossier.

Par conséquent, si une entreprise se fie à sa base de données pour prendre ses décisions au jour le jour et estime qu'il s'agit là des meilleurs renseignements dont elle dispose pour ce faire, c'est ce sur quoi elle se fonde pour prendre ses décisions et c'est peut-être aussi là-dessus qu'on devrait se fonder pour déterminer si ces renseignements sont recevables.

Le sénateur Deschatelets: Je pense que tous conviendront que nous sommes en plein dans l'ère de l'électronique et que nous commençons à en ressentir les répercussions sur nombre d'aspects de notre vie quotidienne. De toute évidence, nous devons nous adapter à ces changements, et le législateur aussi. C'est peut-être là un des objectifs du projet de loi S-33. Toutefois, chemin faisant, nous ne devons pas négliger l'aspect humain. Êtes-vous d'accord avec moi?

M. Knoppers: C'est la raison pour laquelle, à mon avis, M. Hopkins a parlé de la véracité des données, et nous serions très heureux que ce projet de loi contienne des principes de base qui resteraient valables quelle que soit la technologie du jour. Actuellement, la loi a une portée limitée et elle englobe un certain nombre de définitions liées à un mode de représentation ou de transmission des dossiers. Ce que l'ordinateur et les progrès des communications ont fait ressortir, c'est que, si la loi se limite à une technologie précise—dans le cas présent, la

[Text]

some degree perhaps microfilm—that quite soon inequalities, conflict in the law and therefore frustrations with the law will occur. This is why the three recommendations which we have made are fairly short. These are not nickel-and-dime recommendations but an effort to refine, in the area of evidence, a uniform definition of record; the ability under regulatory powers to apply these basic principles to certain technologies that are being used in the creation of information and records. In the third recommendation is really the recognition of a principle; it is really the same concept that was adopted by Parliament in the access to information legislation—that a record which does not exist but which can, in response to an inquiry, be created from the organizational record and shall be deemed to be an accurate record under this bill. The criteria would have to be worked out, but it would be based on data integrity or the general term of trustworthiness, insofar as any organization using these technologies can meet these criteria. For some it would be easier than for others but they should have some degree of assurance that the records which are produced—these extracts—would be admissible as evidence in a court of law.

Senator Lapointe: Even if the system is trustworthy, as you say, where do the computer criminals fit into your scheme of things?

Mr. Knoppers: A few months ago, the Department of Justice was kind enough to sponsor a national conference on proposed changes to the Criminal Code of Canada in Toronto, in which ARMA, the Canadian Information and Processing Association and others took part and there, with respect to those proposed changes, we made the same point; that those changes should be of two sorts. One, is where the computer is an object of abuse—and this is the other part of the telecommunication device unauthorized acts or theft of time—We said that with respect to data abuse, it is unwise to tie yourself into a particular form of information because that fosters inequality. It would be preferable to talk about record abuse—that is unauthorized alteration, destruction and modification of records—under the control of an organization which by-passes the ownership question of the records that were being used. We made the same point there, basically, about information being used in an organization, in whatever form, and we introduced the concept of record abuse, where someone takes action against that information being used and causes an individual or an organization some harm, and that harm is of sufficient weight to warrant being a mischief under the act. Again, it would have to be up to the organization to show that the record was under its control; that it had adequate safeguards in place and the person could not plead innocence.

The same kind of data integrity, trustworthiness and checks in use in these organizations could also serve as a bench mark

[Traduction]

copie en clair et dans une certaine mesure peut-être le microfilm—très rapidement des inégalités, des conflits avec la loi et par conséquent des frustrations vont se produire. C'est pourquoi les trois recommandations que nous avons formulées sont assez courtes. Ce ne sont pas des recommandations présentées à la légère; elles se veulent un effort déployé pour perfectionner, en ce qui a trait à la preuve, une définition uniforme des documents, ainsi que les pouvoirs réglementaires permettant d'appliquer ces principes de base à certaines technologies qui sont actuellement utilisées pour la création de renseignements et de documents. La troisième recommandation est en réalité la reconnaissance d'un principe; il s'agit du concept qui a été adopté par le Parlement dans la loi sur l'accès à l'information, à savoir qu'un document qui n'existe pas, mais qui peut, sur requête, être créé à l'aide d'un dossier, doit être considéré comme un document exact en vertu de la loi. Ce critère devra être formulé, mais il se fondera sur la valeur des données ou sur leur véracité en général, dans la mesure où toute société qui utilise ces techniques peut respecter ces critères. Pour certaines, cela serait plus facile que pour d'autres, mais elles doivent avoir, dans une certaine mesure, l'assurance que les documents qui sont produits, c'est-à-dire les extraits, seraient recevables en preuve dans un tribunal.

Le sénateur Lapointe: Même si le système est fiable, comme vous dites, d'après votre schéma, que faites-vous des auteurs de délits informatiques?

M. Knoppers: Il y a quelques mois, le ministère de la Justice a eu l'amabilité de parrainer une conférence nationale sur les modifications proposées au Code criminel du Canada, à Toronto, conférence à laquelle l'ARMA, l'Association canadienne de l'informatique et d'autres associations ont participé; nous y avons présenté la même recommandation concernant les modifications, c'est-à-dire que nous avons demandé que les changements soient de deux ordres. D'abord, il y a les cas d'abus; et c'est ici l'autre élément du défi que doivent relever les télécommunications, les vols de temps et les actes non autorisés. En ce qui concerne la déformation des données, nous avons dit qu'il est peu approprié de se limiter à une forme particulière de renseignements, parce que cela suscite des inégalités. Il serait préférable de parler de déformation de documents, c'est-à-dire d'altération, de destruction et de modification non autorisée de documents, sous le contrôle d'un organisme qui outrepassé les droits de propriété des documents utilisés. Fondamentalement, nous avons apporté le même argument au sujet des renseignements utilisés dans une société, sous quelque forme que ce soit, nous avons soulevé la notion de déformation des documents lorsqu'une personne intente des poursuites à cause de renseignements utilisés, et que cela cause du tort à un individu ou à une société, lorsque ces torts sont suffisamment graves pour être considérés comme un méfait aux termes de la loi. Une fois de plus, il appartiendra à la société de prouver que le document était en sa possession, qu'elle avait pris des mesures de sécurité suffisantes et que la personne ne peut plaider l'innocence.

Cette même valeur des données, cette véracité et ses contrôle en vigueur dans ces sociétés pourraient aussi servir de repères

[Text]

with respect to any criminal proceedings, should the Criminal Code be amended to address these technologies also.

We are very much concerned about this question. At present there is no action that one can take against an employee who maliciously, on his last day of work, alters something in the system which does not show up until two years later, or against people who try to break into the system, which we distinguish from making changes to the records themselves. We also feel very strongly that that legislation should be amended, and the point we are making here is that any definition of record abuse or any amendment under the mischief section should be in harmony with the evidence act so that that kind of evidence can be admitted in a court of law. That may sound trite, but I think it is something that has to be kept in mind that, as Senator Deschatelets said, when different pieces of legislation are being amended, they should all have the same basic objectives, and then the basic principles of law pertaining to evidence and the Criminal Code can be applied to those independent technologies. If we use practical types of regulations which can be tested in court and which are in harmony with these principles, this would give practical guidance to the people who work with records.

Senator Lapointe: We heard from a group who asked that the words "which reflect accurately" be deleted from the bill. Are you of the same opinion, or what do you think about that?

Mr. Taylor: I would like to continue on the point of security in the criminal aspect, if I may. Is that still timely?

The Chairman: Yes, certainly. We will come back to this other question later.

Mr. Taylor: Business very much wants to protect itself from fraud or from the malicious employee, and most business systems will be backed up, as we explained earlier, by complete key transactions, records and histories so that even if there is some malicious intervention, as soon as you find this you should be able to go back and see what the previous date of employment was, and make an adjustment.

In business, most systems are duplicated as part of the normal operation. For instance, in banking systems, each transaction is duplicated so that if one copy of that transaction is mislaid in some way, we still have failsafe system which is protecting our business. Obviously, this also protects the individual.

Mr. Knoppers: Senator Lapointe, you had another question?

Senator Lapointe: I asked a question relating to clause 130 of the bill. We had a group here previously who wanted the words "which reflect accurately" deleted from this clause. What do you think about that?

[Traduction]

dans les causes criminelles si le Code était modifié en conséquence.

Nous sommes hautement préoccupés par cette question. Actuellement, aucune poursuite ne peut être intentée contre un employé qui, avec l'intention de nuire durant sa dernière journée de service, modifie certains éléments du système, modification qui ne paraît pas avant deux ans, ou encore contre une personne qui essaie d'utiliser le système par effraction, action que nous distinguons de la tentative d'apporter des modifications aux documents mêmes. Nous sommes de même absolument convaincus que la loi doit être modifiée; et ce que nous soutenons ici, c'est que toute définition de la déformation de documents ou tout amendement apporté à l'article sur les méfaits doivent être conformes à la Loi sur la preuve, de sorte que ce genre de preuve puisse être recevable en justice. Cela paraît peut-être banal, mais je crois qu'il faut bien se rappeler, comme l'a dit le sénateur Deschatelets, que, lorsque différentes mesures législatives sont modifiées, elles doivent toutes viser les mêmes objectifs fondamentaux; alors les principes de base de la Loi sur la preuve et du Code criminel pourront être appliqués à chacune de ces techniques. Si nous avons recours à un type pratique de règlements qui peut être mis à l'épreuve devant les tribunaux et qui est conforme à ces principes, les personnes qui travaillent avec les documents disposeront alors de guides pratiques.

Le sénateur Lapointe: Un des témoins qui a comparu devant nous a demandé que l'expression «pour assurer une reproduction fidèle» soit supprimée du projet de loi. Êtes-vous du même avis? Sinon, qu'en pensez-vous?

M. Taylor: J'aimerais poursuivre sur la question de la sécurité au regard du criminel, si vous me le permettez. Cela est-il encore possible?

Le président: Oui, certainement. Nous reviendrons à l'autre question plus tard.

M. Taylor: Les entreprises tiennent énormément à se protéger contre la fraude ou contre les employés malveillants. C'est pourquoi la plupart de leurs systèmes seront appuyés, comme nous l'avons expliqué tout à l'heure, par des transactions clés complètes, des documents et des répertoires, de sorte que, même si un employé déforme des documents, dès que la société s'en apercevra, elle pourra revenir en arrière et voir à quelle date cet employé était à son service, et ainsi procéder aux rajustements qui s'imposent.

Dans le monde des affaires, la plupart des systèmes sont doublés; c'est pratique courante. Par exemple, dans les banques, comme chaque transaction a son double, si une copie de la transaction est falsifiée d'une façon ou d'une autre, la banque possède toujours un système à sûreté intégrée qui la protège. De toute évidence, cela protège aussi le particulier.

M. Knoppers: Sénateur Lapointe, vous aviez une autre question?

Le sénateur Lapointe: J'ai posé une question concernant l'article 130 du projet de loi. Un de nos témoins a demandé que l'expression «pour assurer une reproduction fidèle» soit supprimée de cet article. Qu'en pensez-vous?

[Text]

Mr. Knoppers: In order for businesses and people to make decisions, they have to have accurate and timely information. Personally, I cannot see why that should be deleted. That strikes at the heart, in a certain sense, of the admissibility question, that these records accurately represent the state of information on which business decisions are made. I have difficulty understanding the context in which such a suggestion would be made. It would certainly damage the integrity and the credibility, which is really what one is asking the court to accept with this type of proof. Senator Godfrey alluded earlier to expert witnesses on ink, handwriting and paper etc. This is of a totally different nature from that of the electronic mode.

Senator Lapointe: So you do not object to that?

Mr. Knoppers: We would want it to accurately reflect the fact, at least, that business decisions are made on accurate and timely information. I do not really understand the context in which one would want to have that deleted.

Senator Deschatelets: I do not want to encourage the discussion which we had with others a week ago, but perhaps the phrase "comprehensive output" would be better than "intelligible output". I do not like the word "intelligible".

Mr. Knoppers: Comprehensive may be misread at some point in time as a complete dump or printout of the whole computer system's information. It may give cause for that, but perhaps some other accommodation can be found.

Senator Deschatelets: Perhaps the one who drafted this is more knowledgeable than I. It is only at first sight that I do not like the word "intelligible".

The Chairman: On behalf of the members of the committee, I should like to thank the witnesses for their very helpful presentation this morning.

The committee adjourned.

[Traduction]

M. Knoppers: Si les entreprises et les particuliers veulent prendre de bonnes décisions, ils doivent posséder des renseignements précis et opportuns. Personnellement, je ne vois pas pourquoi cette expression devrait être retranchée. Dans un sens, cela touche le cœur même de la question de la recevabilité, car des documents constituent précisément les renseignements sur lesquels les décisions des entreprises sont fondées. J'ai de la difficulté à comprendre pourquoi on peut vouloir formuler une telle suggestion. Cela porterait certainement atteinte à la valeur et à la crédibilité des données, ce qui est en réalité ce qu'on demande aux tribunaux d'accepter en ce qui concerne cette catégorie de preuve. Le sénateur Godfrey a parlé tout à l'heure de recourir à des spécialistes de l'encre, de l'écriture, du papier, etc.; c'est là une technique totalement différente de l'électronique.

Le sénateur Lapointe: Donc, vous ne vous opposez pas à cette expression?

M. Knoppers: Nous tenons à ce que le libellé reflète, à tout le moins, le fait que les décisions des entreprises sont fondées sur des renseignements précis et opportuns. Je ne comprends pas vraiment pourquoi on voudrait supprimer cette expression.

Le sénateur Deschatelets: Je ne veux pas poursuivre la discussion que nous avons eue avec d'autres témoins il y a une semaine, mais peut-être que l'expression «sortie complète» serait meilleure que «sortie intelligible». Je n'aime pas le terme «intelligible».

M. Knoppers: Peut-être l'expression «sortie complète» risque-t-elle à un moment donné d'être mal interprétée et d'être considérée comme le rejet total ou l'imprimé complet de tout le système informatique. Cela risque de causer ce genre d'interprétation, mais peut-être peut-on trouver d'autres accommodements.

Le sénateur Deschatelets: Peut-être l'auteur du projet de loi en connaît-il plus long que moi. Ce n'est qu'à première vue que je n'aime pas le mot «intelligible».

Le président: Au nom des membres du Comité, je tiens à remercier les témoins de nous avoir présenté un exposé très utile ce matin.

La séance est levée.

APPENDIX "67-A"

DRAFT

BRIEF

ON BILL S-33

THE CANADA EVIDENCE ACT, 1982

SUBMITTED BY THE

CANADIAN LEGISLATIVE AND
REGULATORY AFFAIRS COMMITTEE
OFASSOCIATION OF RECORDS MANAGERS AND
ADMINISTRATORS/ASSOCIATION DES
GÉRANTS ET ADMINISTRATEURS
GESTION DES DOCUMENTS TO THE
SENATE COMMITTEE ON LEGAL AND
CONSTITUTIONAL AFFAIRS

23 June, 1983

TABLE OF CONTENTS

I. BACKGROUND—ARMA

II. MAIN ISSUES

- A. Introduction
- B. Uniformity in federal legislation of the definition of record
- C. Need for a Code, Standards or Set of Guidelines Governing the Practical Aspects of Admissibility of Records as Evidence
- D. Admissibility of Records "Created" from computer data bases at time of litigation

III. RECOMMENDATIONS

- A. Uniform definition of "record" in federal legislation
- B. Need for a Code, Standards or Set of Guidelines governing the practical aspects of admissibility of Records as evidence
- C. Admissibility of Records "created" from computer data at time of litigation

IV. CONCLUDING REMARKS

I. BACKGROUND

The association of Records Managers and Administrators, Inc. (ARMA) is a non-profit professional association organized to promote interest in records and information management. It provides a forum for research, education, professional standards and exchange of ideas.

ARMA's goals are to foster professionalism, develop workable standards and practices, and to furnish a source of guidance to more than seven thousand (7,000) Canadian and U.S. information and records management professionals in business, industry, government and education.

This brief is written and submitted on behalf of the more than nine-hundred (900) information and records management professionals organized in ten Chapters Across Canada. In their capacity, they assist in the development of policies and

ANNEXE «67-A»

PROJET

MÉMOIRE

SUR LE PROJET DE LOI S-33

LOI FÉDÉRALE SUR LA PREUVE DE 1982

PRÉSENTÉ PAR LE

COMITÉ DES QUESTIONS LÉGISLATIVES ET
RÉGLEMENTAIRES CANADIENNES
DEL'ASSOCIATION DES GÉRANTS ET
ADMINISTRATEURS EN GESTION DE DOCUMENTS
auCOMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
QUESTIONS JURIDIQUES ET
CONSTITUTIONNELLES

23 juin 1983

TABLE DES MATIÈRES

I. PRÉSENTATION

II. ÉLÉMENTS PRINCIPAUX

- A. Introduction
- B. Uniformisation de la définition du terme «document» dans la législation fédérale
- C. Codes, normes ou lignes directrices régissant les aspects pratiques de la recevabilité des documents comme preuve
- D. Recevabilité des documents informatisés produits au moment même d'un litige

III. RECOMMANDATIONS

- A. Définition uniforme du terme «document» dans la législation fédérale
- B. Codes, normes ou lignes directrices régissant les aspects pratiques de la recevabilité des documents comme preuve
- C. Recevabilité des documents informatisés produits au moment même d'un litige

IV. OBSERVATIONS

I. PRÉSENTATION

L'Association des gérants et administrateurs en gestion de documents (AGAGD) est une association professionnelle à but non lucratif qui se consacre à promouvoir l'intérêt pour la gestion des documents et de l'information. Elle sert de tribune aux échanges d'idées et à la recherche, en matière d'enseignement et de normes professionnelles.

L'AGAGD a pour but de favoriser les aptitudes professionnelles dans son secteur, de développer des normes et des pratiques de travail, et d'orienter les activités de plus de sept mille (7 000) spécialistes canadiens et américains en gestion de l'information et des documents dans les secteurs des affaires, de l'industrie, du gouvernement et de l'enseignement.

Le présent mémoire a été rédigé et transmis au nom de plus de 900 spécialistes en gestion de l'information et des documents, regroupés en dix chapitres dans l'ensemble du Canada. A ce titre, ils accordent une assistance à l'élaboration de

strategies affecting the production, distribution, storage, protection and final disposition of information regardless of the media or process used during its life cycle.

In particular, on a day-to-day basis it is the ARMA professional who is charged with ensuring the most efficient and cost-effective management of the information resources (or records) of the institution served. This more often than not includes responsibilities for micrographic operations and essential or vital records programs. In other words, ARMA members are on the front line ensuring proper management and protection of the information assets of the corporation or government institution which they serve.

Therefore, as key members of a large interdisciplinary team involved in the information process within an organization, we are acutely aware of the present difficulties encountered in the admissibility of records of an organization as evidence before the Courts especially when they are presented in the same form and format as they are actually used in the day-to-day operations of the organization, i.e. microfilm or computer-generated records.

II. MAIN ISSUES AND CONSIDERATIONS

A. INTRODUCTION

The records manager has had the historic functional responsibility for the control, storage, maintenance, retrieval and disposition of the records of the organization. In addition, the records manager also has responsibility for the vital records program. As such, ARMA members represent those in the organization who have the line responsibility for managing and protecting the organization's information assets as represented by the records under its control.

During the past few years, records in micrographic or in machine-readable form and associated automated or computer support systems have grown markedly in their importance to the functioning of the organization. Although initially more of a planning and administrative support tool, computerized record/information-keeping systems (CRIKS) have developed to the stage where they have become indispensable to the day-to-day operations of the organization. Not only is this true for large companies and government agencies but also increasingly so for medium and small-sized enterprises. For most organizations and especially business, the prevalence of use of CRIKS is essential to their corporate survival and ability to reduce costs so that they can remain competitive in their field. In addition, an increasing number of functions essential to either the operation of the company itself or to the delivery of products and services are not possible to execute without the use of computer/communication technologies which is now widely used in the usual course of business.

As a result, it is no longer just a question of admissibility of evidence resulting from the conversion from paper records to microfilm or computerized systems but more importantly of record-keeping systems which may rarely have output in a hard-copy form. Yet at the same time, paper records will continue to be used for some time to come.

politiques et de stratégies concernant la production, la distribution, l'entreposage, la protection et la disposition finale de l'information, indépendamment de son support ou du traitement qu'elle subit pendant son cycle d'utilisation.

En particulier, la branche professionnelle de l'AGAGD assure quotidiennement la gestion des ressources d'information ou des documents des organismes qu'elle dessert, en visant le plus haut degré d'efficacité et de rendement. A ce titre, elle effectue souvent des opérations micrographiques et des programmes d'enregistrement. Autrement dit, les membres de l'AGAGD ont la responsabilité directe de la gestion et de la protection de la base de renseignements de la société ou de l'organisme gouvernemental qui a recours à eux.

En tant que membres d'une vaste équipe pluridisciplinaire chargée de traiter l'information dans un organisme, nous sommes sensibilisés aux difficultés actuelles que comporte la recevabilité des documents d'un organisme en tant que preuve devant un tribunal, particulièrement lorsqu'il se présente sous la même forme que celle utilisée dans les activités quotidiennes de l'organisme, à savoir sous forme de microfilm ou d'imprimé d'ordinateur.

II. ÉLÉMENTS PRINCIPAUX

A. INTRODUCTION

Le gestionnaire de documents est chargé de surveiller, d'entreposer, d'entretenir et de retrouver les documents de l'organisme. Par ailleurs, il est également responsable du programme des documents vitaux. En tant que tels, les membres de l'AGAGD représentent les éléments de l'organisme qui sont hiérarchiquement responsables de la gestion et de la protection de la base de renseignements de l'organisme, concrétisée par les documents dont il sont la charge.

Ces dernières années, les documents micrographiques ou lisibles par une machine, ainsi que les systèmes d'ordinateur qui permettent de les utiliser, ont connu une expansion remarquable. Les systèmes informatisés, conçus initialement comme un outil de soutien administratif, sont devenus aujourd'hui indispensables aux activités quotidiennes des organismes. Il en est ainsi non seulement pour les grandes sociétés et les grands organismes publics, mais également, de plus en plus, pour les petites et moyennes entreprises. Pour la plupart des utilisateurs, notamment les entreprises, l'utilisation de ces systèmes est essentielle à leur survie et à leur faculté de réduire leurs coûts de façon à préserver leur compétitivité dans leur domaine. Par ailleurs, il existe un nombre croissant de fonctions essentielles aux activités des entreprises ou la finalisation de leurs produits ou de leurs services, et qui ne peuvent être réalisées que grâce à l'utilisation des technologies de l'informatique et de la télématique, lesquelles sont maintenant largement utilisées dans les activités ordinaires des entreprises.

En conséquence, il n'est plus simplement question de la recevabilité en preuve de l'information qui résulte de la conversion des documents traditionnels aux systèmes informatisés ou sur microfilms, mais bien, avant tout, des systèmes de gestion des documents, qui parfois ne comportent aucune copie en clair. Cependant, les documents sur papier continueront à être utilisés encore pendant un certain temps.

From a records manager's point of view, a record remains a record regardless of its physical characteristics or medium of storage. Whether one chooses to call it data, information or record makes no difference from a corporate point of view. A record is that informational entity which both records the actions and provides the input into decision-making processes of the organization.

It is true that in most organization, responsibility for managing CRIKS has been segmented in a variety of ways among DEDP managers, word processing managers, users the records manager and others. However, the latter still retains basic line responsibilities for identifying and protecting the organization's vital records. The fact that information is an important resource or asset of the organization is accepted by all and is finding its expression in the appearance of the Information or Information Resource Manager.

In the meantime, ARMA members have become very concerned about the fact that they cannot take full advantage of the new technologies to provide more efficient and cost-effective services to their organization. If they do they may jeopardize their potential for successful litigation, as either defendant or respondent.

To date, case law or jurisprudence offers conflicting points of view and provides no clear picture of procedures or guidelines to be followed by record keepers to ensure that records created with the use of new technologies will be admissible as evidence in court now or five, ten or twenty years hence. They find themselves and their organizations facing difficulty and uncertainty when considering the possibility of being involved in litigation in that some records created in the normal course of business may not be admissible as evidence in court.

Consequently, ARMA whole heartedly endorses the efforts of the federal government to amend the Evidence Act so that it applies to and is made relevant to the use of a variety of proven technologies which businesses now use (cannot afford not to use) to maintain and manage their data or records. It should also be noted that the introduction of new technologies in business is a key in ensuring that Canadian businesses will stay competitive in world markets.

B. UNIFORMITY IN FEDERAL LEGISLATION OF THE DEFINITION OF RECORD

Rapid advances and increasingly wide diffusion of computer/communications/information technologies have a profound impact on society and in a number of new areas of activity. There is a need for laws and regulations which state what are appropriate codes of conduct or practices in these areas. Many existing laws and regulations have been rendered either obsolete or irrelevant by the use of new information technologies. In addition, policy conflicts are arriving as the technologies converge, e.g. one can send electronic mail using Telidon either via cable or telephone. If sent via cable the carrier is responsible for content, if via telephone the carrier is not.

Du point de vue du gestionnaire de documents, un document reste un document, quelles que soient ses caractéristiques matérielles ou son support de stockage. Que l'on décide de l'appeler des données, de l'information ou un document n'a aucune importance du point de vue de l'entreprise. Un document est une entité d'information qui témoigne de mesures prises et fournit des éléments à prendre compte dans le processus de prise de décision de l'organisme.

Il est vrai que dans la plupart des organismes, la responsabilité de la gestion des systèmes de traitement de documents a été répartie en différentes branches, parmi les gestionnaires d'informatique, les gestionnaires de traitement de texte, le gestionnaire de documents, et d'autres. Cependant, ce dernier conserve la responsabilité hiérarchique fondamentale de repérer et de protéger les documents vitaux de l'organisme. Le fait que l'information soit une ressource importante ou un élément actif de l'organisme est reconnu de tous, et il se trouve consacré par l'apparition d'un gestionnaire de l'information ou des ressources en information.

Dans l'immédiat, les membres de l'AGAGD s'inquiètent vivement de ne pouvoir tirer pleinement parti des nouvelles technologies pour proposer des services plus efficaces et plus rentables à leurs clients. S'ils voulaient en tirer parti, ils mettraient en danger leurs chances de succès devant les tribunaux, aussi bien en tant que défendeurs qu'en tant qu'intimés.

Jusqu'à maintenant, la jurisprudence reste contradictoire et n'indique aux gestionnaires de documents aucune ligne précise qui leur garantirait la recevabilité en preuve des documents créés à partir des nouvelles technologies, pas plus maintenant que dans cinq, dix ou vingt ans. Ces gestionnaires et leurs organismes se trouvent dépourvus devant la possibilité d'avoir à intervenir dans un procès, puisque certains des documents dont ils se servent ordinairement risquent d'être considérés comme irrecevables en preuve par le tribunal.

C'est pourquoi l'AGAGD accueille avec enthousiasme les efforts entrepris par le gouvernement fédéral pour modifier la Loi sur la preuve de façon qu'elle s'applique aux utilisations qui sont faites de technologies éprouvées dont se servent les entreprises, et qui leur sont indispensables pour assurer la gestion de leur information et de leurs documents. On remarquera également que l'apparition des technologies nouvelles dans le secteur des affaires constitue un élément clé du maintien de la compétitivité des entreprises canadiennes sur les marchés mondiaux.

B. UNIFORMISATION DE LA DÉFINITION DU TERME DOCUMENT DANS LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

Les progrès et la diffusion rapide de l'informatique et de la télématique ont eu des répercussions sensibles dans la société et dans un certain nombre de nouveaux secteurs d'activités. Il est indispensable que la loi et la réglementation définissent les pratiques à mettre en œuvre dans ces secteurs. Bien des lois et règlements sont tombés en désuétude du fait de la mise en œuvre de l'informatique. Par ailleurs, les technologies convergentes créent des conflits: on peut par exemple envoyer du courrier électronique dans le cadre du système Telidon, soit par l'intermédiaire du câble, soit par celui des lignes téléphoniques. Si l'on utilise le câble, le transporteur est responsable de

In response, the federal government is either amending existing legislation to cope with the new technologies or in new legislation has sections which attempt to address issues raised by the new technologies.

However, there appears to be a lack of uniformity in revised and new federal legislation in the definition of record.

1. The Proposed Uniform Evidence Act

The draft Uniform Evidence Act (Bill S-33) defines a record in Section 2 as,

“the whole or any part of any book, writing, other document, card tape, photograph within the meaning of section 130 or other thing on, in by means of which data or information is written, recorded, stored or produced”.

The Section 130 referred to defines “original” as meaning:

“(a) in relation to a records, the record itself or any facsimile intended by the author of the record to have the same effect,

(b) in relation to a photograph, the negative and any print made from it, and

(c) in relation to stored or processed data or information, any printout or intelligible output shown to reflect accurately the data or information”.

The Ontario Evidence Act (1980) addressed the question of records kept in micrographic or machine-readable form by giving a very broad definition of “record”. Section 35(1) defines a record as,

“any information that is recorded or stored by means of any device”.

2. Interpretation Act (1970)

The Interpretation Act (1970) defines “writing” as,

“writing or any term of like import includes words printed, type-written, painted, engraved, lithographed, photographed, or represented or reproduced by any mode of representing or reproducing words in visible form”.

3. Bank Act (1980)

In 1980, Parliament revised legislation pertaining to banks. The Bank and Banking Law Revisions Act (1980) takes into account the new information technologies. In Section 157, “form of records” is defined as follows,

“(1) All registers and other records required or authorized by this Act to be prepared and maintained by a bank including any entries, books, vouchers, paid instruments, signature cards, signing authorities and other documents and papers in the possession of the bank may be in a bound or loose-leaf form, or in a photographic film form, or may be entered or recorded by any system of mechanical or electronic data processing or any other information storage device that is capable of reproducing any required information in intelligible written form within a reasonable time and

la teneur de l'information transmise, tandis qu'il ne l'est pas lorsqu'on utilise le réseau du téléphone.

Face à cette situation, le gouvernement fédéral modifie la législation actuelle en fonction de technologies nouvelles, ou utilise certaines dispositions des lois nouvelles pour tenter de résoudre les questions posées par les nouvelles technologies.

Néanmoins, on constate un manque d'uniformité dans la législation fédérale révisée et nouvelle en ce qui concerne la définition du document.

1. Le projet de loi uniforme sur la preuve.

L'article 2 du projet de loi uniforme sur la preuve (projet de loi S-33) définit ainsi le document:

«tout ou partie de livre, écrit ou autre texte, de fiche, bande ou photographie au sens de l'article 130, ou de tout autre objet comportant des éléments d'information ou constituant leur support ou le moyen de leur inscription, enregistrement, stockage ou reproduction».

L'article 130 définit l'original de la façon suivante:

a) relativement à un document, le document lui-même et toute reproduction destinée par son auteur à produire le même effet que ce document;

b) relativement à une photographie, le négatif ou un tirage de celui-ci;

c) relativement à des données informatisées, tout document intelligible provenant de l'appareil où elles sont emmagasinées et qui les reflètent fidèlement ou qui est le produit d'un système qui donne le même résultat.

La loi ontarienne sur la preuve de 1980 résout la question des documents sous forme micrographique ou lisible par une machine en donnant, au paragraphe 35(1), la très large définition suivante du mot «document»:

«toute forme de renseignement enregistré ou stocké au moyen d'un appareil quelconque».

2. La Loi d'interprétation de 1970

La Loi d'interprétation de 1970 définit ainsi l'«écrit»:

«écrit» ou tout terme ayant le même sens comprend les mots imprimés, dactylographiés, peints, gravés, lithographiés, photographiés, ou représentés ou reproduits par tout mode de représentation ou reproduction de mots sous une forme visible;

3. La Loi de 1980 sur les banques

En 1980, le Parlement a révisé la loi applicable aux banques. La Loi de 1980 remaniant la législation bancaire tient compte des nouvelles technologies informatiques. L'article 157 définit ainsi la «forme des registres»:

(1) Les livres et registres dont la présente loi exige ou autorise la tenue, y compris les écritures comptables, les pièces justificatives, les acquits, les fiches de spécimen de signature, les procurations de signatures et autres documents ou pièces se trouvant en la possession de la banque, peuvent être reliés ou conservés, soit sous la forme de feuillets mobiles ou de pellicules photographiques, soit à l'aide de tout procédé mécanique ou électronique de traitement des données ou de mise en mémoire de l'information susceptible de donner, dans un délai raisonnable, les renseignements demandés sous une

registers and records maintained in any way and be converted to any other form”.

The Bank Act thus defines record in a technology independent fashion. For the purpose of this Act, the changing from one form of recorded information to another is allowed for with the provisions of Act remaining equally applicable.

The Bank Act also provides some guidance with respect to data integrity and the unauthorized alteration or destruction of records when by assigning certain responsibilities and setting certain requirements with respect to the management and protection of bank records. Section 157 (3) reads,

“A bank and its agents shall take reasonable precautions to,

- (a) prevent loss or destruction of;
- (b) prevent falsification of entries in; and,
- (c) facilitate detection and correction of inaccuracies in the registers and records required or authorized by this Act to be prepared and maintained.”

The question posed in the context of Section 157 (3), “What recourse does one have under law (apart from common law or torts) against persons who cause conditions (a) and (b) to occur in the recorded information of an organization?” But more importantly, from the perspective of a revised Evidence Act, “What are considered to be *reasonable precautions* to ensure data integrity?”

4. Access to Information Act (1983)

More recently Parliament passed the Access to Information and Privacy Act (Bill C-43). While this legislation has yet to be proclaimed, (it is expected to be proclaimed in July, 1983), it does very deliberately address the question of machine-readable records in two specific ways. First of all, it defines a “record” as including,

“any correspondence, memorandum, book plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine-readable record, any other documentary materials, regardless of physical form or characteristic and any copy thereof”.

Further, the Act recognizes that data in CRIKS is basically stored as disaggregated data elements which through utilizing the appropriate software are produced in an intelligible form. Section 4(3) states that,

“For the purpose of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine-readable record under software and technical expertise normally used by the government shall be deemed to be a record under the control of the government institution”.

forme écrite compréhensible; la banque peut changer le mode de stockage des diverses données.

La Loi sur les banques définit donc le document indépendamment de son support technologique. Aux fins de cette loi, le passage d'une forme d'information enregistrée à une autre est possible, puisque les dispositions de la Loi restent universellement applicables.

La Loi sur les banques donne également certaines indications concernant l'intégrité des données et la modification ou la destruction illicite de documents en assignant certaines responsabilités et en imposant certaines exigences concernant la gestion et la protection des documents bancaires, notamment au paragraphe 157(3):

(3) La banque et ses mandataires sont tenus de prendre, à l'égard des livres et registres dont la présente loi exige ou autorise la tenue, des mesures adéquates pour:

- a) en empêcher la perte ou la destruction;
- b) en empêcher la falsification;
- c) faciliter la découverte et la rectification des erreurs.

Cette disposition nous amène à poser la question suivante: «en dehors des recours de la common law et du droit applicable aux délits, quels recours propose la Loi contre des individus qui contreviennent aux alinéas a) et b)? Et avant tout, dans la perspective d'une loi révisée sur la preuve, qu'est-ce qui doit être considéré comme des «mesures adéquates» pour assurer l'intégrité des données de la banque?»

4. La Loi de 1983 sur l'accès à l'information

Plus récemment, le Parlement a adopté la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels (projet de loi C-43). Cette loi n'a pas été encore proclamée, mais elle devrait l'être en juillet 1983; elle répond très précisément à la question des documents déchiffrables à la machine de deux façons. Tout d'abord, elle définit ainsi le «document»:

«document» Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

En outre, la Loi reconnaît que les données versées au CRIKS sont fondamentalement stockées comme éléments d'information indépendants, et sont ensuite organisés sous une forme intelligible au moyen du logiciel pertinent. Ainsi, l'article 4 stipule que:

Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institu-

This section thus introduces an aspect of "records" which in our opinion will be very useful when considering amendments to the Evidence Act. The ability to manipulate disaggregated data for specific outputs is done in the usual course of business in many government and private sector organizations.

5. Draft Bankruptcy Act

It is also useful to note that the proposed Bankruptcy Act (Bill C-12) defines a "record" as.

"any data or information relating to the property or affairs of a person including data or information prepared or maintained in a bound or loose-leaf form or in a photographic film form entered or recorded by any system of mechanical or electronic data processing or any other information storage device that is capable of reproducing any required information in intelligible written form within a reasonable time".

6. Draft Combines Investigation Act Amendments (1977)

Amendments proposed in 1977 to the Combines Investigation Act, dealt with the question of machine-readable records by extending the definition of book, paper, record or other document to include "other things" and under Section 10(1) would grant the Competition Policy Advocate the power to,

"Examine, copy or take away or is in the course of examining, copying or taking away any book paper, record or other document or any thing on which information is or may be recorded."

7. Proposed Amendments to the Criminal Code pertaining to computer crime and data/record abuse

Finally but most importantly, one should note that the Department of Justice is currently in the process of drafting amendments to the Criminal Code which would in effect make a "mischief" unauthorized destruction, alteration, falsification or creation of computer date, i.e. date abuse. While no firm proposal to this effect have yet emerged in the public forum, we do have a strong opinion that such an amendment to the Criminal Code has a definition of record which is in total harmony with Bill S-33. One must be certain that any and all information, documentation date or record abuse, if made a Criminal offense, be admissible in court as evidence.

One must also not lose sight of the need to amend Section 300 and 324 dealing with fraudulent destruction of documents of title and forgery. Currently, a "document" is defined here as "any paper, parchment or other

tion a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

Cet article introduit donc un aspect des «registres» qui, à notre avis, se révélera très utile au moment d'envisager les modifications à apporter à la Loi sur la preuve. Cette manipulation de données indépendantes à des fins prédéterminées s'effectue dans le cours normal des affaires d'un bon nombre d'organismes publics et privés.

5. Projet de loi sur la faillite

Il serait également utile de remarquer que le projet de loi sur la faillite (C-12) définit comme suit la notion de «dossier» ou «registre»:

«dossier» ou «registre» Les renseignements ou données concernant les biens ou les affaires d'une personne, y compris les renseignements ou données qui sont consignés ou conservés, soit sous forme de reliure, de feuillets mobiles ou de films, soit à l'aide d'un procédé mécanique ou électronique de traitement des données ou de mise en mémoire de renseignements susceptible de reproduire, dans un délai raisonnable, les renseignements demandés par écrit et sous une forme compréhensible.

6. Projet de modification de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (1977)

Les modifications proposées en 1977 à l'égard de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions portaient sur la question des documents lisibles par une machine, et visaient notamment à étendre la définition des «livre, document, archive ou autre pièce», de manière à inclure d'autres «articles», et à conférer aux défenseurs de la politique de concurrence, aux termes du paragraphe 10(1), le pouvoir d'examiner, de copier ou d'emporter,

ou encore d'être sur le fait d'examiner, de copier ou d'emporter, tout livre, document, archive ou autre document ou article dans lequel des renseignements sont ou peuvent être consignés.

7. Projet de modification du Code criminel en ce qui a trait aux délits informatiques et à l'usage abusif des documents ou des données

Le dernier point à noter, qui n'est certes pas le moindre, est le fait que le ministère de la Justice procède actuellement à la préparation de modifications du Code criminel, qui auraient pour effet de constituer comme «infraction» toute destruction, altération, falsification ou création de données informatiques sans autorisation préalable, c'est-à-dire tout usage abusif des données. Quoiqu'aucune proposition ferme à cet égard n'ait encore été présentée au public, nous avons la conviction qu'une telle modification du Code criminel comporterait une définition des «documents» qui coïnciderait parfaitement avec celle du projet de loi S-33. Il importe donc de s'assurer que tous ces documents, données ou registres soient recevables comme preuve devant un tribunal, dans l'éventualité où un tel usage abusif serait institué comme infraction.

Par ailleurs, il ne faudrait pas négliger la nécessité de modifier les articles 300 et 324, qui concernent la destruction frauduleuse de titres et la contrefaçon. A l'heure actuelle un «document» est défini comme étant tout

material used for writing marked with a matter capable of being read, but does not include trade marks or articles of commerce or inscriptions of stone or metal or other like material”.

In light of the increasing use of CRIKS to store records of significant legal and financial value such a change is necessary as magnetic tapes, magnetic disks and even film and video disks depend on a magnetized metallic strata to record information and are thus in fact “inscriptions of metal or other like material”.

No doubt other federal legislation exists which introduces legal definitions of a “record”. The examples cited above do indicate a lack of uniformity in definition. From a very practical point of view, records managers and the organizations they represent would very much favour a single definition of “record”, for all jurisdictions (federal, provincial). If this is not possible, one should at least have the assurance of harmony of federal legislation so that from a practical point of view, the application of definitions of record are uniform.

C. NEED FOR CODES, STANDARDS OR SET OF GUIDELINES GOVERNING THE PRACTICAL ASPECTS OF ADMISSIBILITY OF RECORDS AS EVIDENCE

Even if what is a “record” under Bill S-33 is defined in a technology independent fashion, which appears to be the intent of S-33, the Bill contains no guidelines as to what criteria would significantly heighten the probability of “recorded information” being accepted as evidence in legal proceedings, and given proper weight.

ARMA does recognize that the Task Force of Uniform Rules of Evidence did state in its report that (p.399),

the majority of the Task Force feels that it is not necessary to refer to the standard because standards in the technological field such as this one tend to change fairly quickly, and the Act could become out of date almost as soon as it was passed . . . The Task Force does, however, strongly recommend that government and industry follow the procedures as set out from time to time in the National Standards of Canada on Microfilm as Documentary Evidence. (i.e. CAN. 2-72.11-79).

Arma's is of the opinion that as for microfilm that standards or criteria appropriate to the information technology utilized be developed and recognized in law.

ARMA is also aware of the serious objections raised by the Canadian Bar Association. (in their preliminary brief on Bill S-33) against the codification of procedural matters in litigation especially in those areas where the current version of S-33 may cause problems in the court where civil law applies.

papier, parchemin ou autre matière employée pour l'écriture ou l'imprimerie, marqué d'une chose capable d'être lue, mais ne comprend pas les marques de commerce sur des articles de commerce, ni les inscriptions sur la pierre et le métal ou autre matière semblable».

Étant donné l'usage croissant du système CRIKS pour le stockage des données contenues dans d'importants dossiers juridiques et financiers, une telle modification s'impose si l'on tient compte du fait que les bandes et les disques magnétiques, ainsi que les films et vidéo-disques comportent des couches métalliques magnétisées servant à enregistrer les données entrées ce qui, par le fait même, les fait entrer dans la catégorie des «inscriptions sur le métal ou autre matière semblable».

Il ne fait nul doute que d'autres lois fédérales définissent, le terme «document». Toutefois, les exemples susmentionnés témoignent à eux seuls du manque d'uniformité dans la définition de ce terme. Du point de vue strictement pratique, les gestionnaires des documents et les organismes qu'ils représentent sont nettement en faveur d'une uniformisation de cette définition pour toutes les administrations, fédérale et provinciales. Si cela se révèle impossible, nous devons tout au moins assurer l'uniformité de la législation fédérale, de sorte que, dans la pratique, nous puissions faire appliquer une seule et même définition du terme «documents».

C. CODES, NORMES OU LIGNES DIRECTRICES RÉGISSANT LES ASPECTS PRATIQUES DE LA RECEVABILITÉ DES DOCUMENTS COMME PREUVE

Même si le projet de loi S-33 prête au terme «document» un sens dénué de toute connotation technologique, ce qui semble être le cas, il ne comporte aucune ligne directrice quant aux critères susceptibles d'accroître de façon significative la probabilité que les «données enregistrées», soient intégralement acceptées comme preuve dans des procédures juridiques.

L'AGAGD reconnaît la déclaration mise de l'avant dans le rapport du Groupe de travail sur l'uniformisation du Règlement sur la preuve (p. 399), à savoir

que la majorité des membres du Groupe de travail sont d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'inclure un renvoi à la norme, puisque dans le domaine de la technologie, les normes ont tendance à changer assez rapidement, et que la Loi risquerait ainsi de devenir périmée dès son entrée en vigueur . . . Cependant, le Groupe de travail recommande fortement au gouvernement et au secteur industriel de respecter les procédures établies occasionnellement dans les Normes nationales du Canada sur les microfilms comme preuve documentaire. (CAN. 2-72.11-79).

L'AGAGD est d'avis qu'il y a lieu d'élaborer, pour les microfilms, des normes ou des critères pertinents à la technologie informatique employée, et qui pourraient être reconnus par la loi.

L'Association est également consciente des importantes objections formulées par l'Association du Barreau canadien (dans son mémoire préliminaire sur le projet de loi S-33) à l'égard de la codification des procédures à adopter dans les cas de litige, et particulièrement dans les secteurs où la version

With respect to technical questions in the computer field, ARMA defers to the position of Canadian Information Processing Society (CIPS). In particular, CIPS has made recommendations pertaining to Section 171 (1), Section 30 and the question of "usual and ordinary course of business".

Nevertheless, ARMA is strongly of the opinion that Bill S-33 should include mechanisms which provide for criteria for enhancing the admissibility of various forms of "recorded information." We do so from a very practical perspective.

In a number of areas, the use of the new technologies has passed the point of no return, i.e. one would go out of business if one had return to paper or hard copy operations. Each day records managers are confronted with questions from management about converting from paper-based systems to micro-image systems, computer systems and combinations of both. Such systems represent considerable amount of investment and are put into place with a time horizon of five, ten or even twenty years; i.e. once the decision is made to go to these systems most changes down the road relate to improvements.

The entry of the information (data entry) and recording of the information can take place simultaneously at several different places. This is at variance with the fact that in general the law prefers documents which are produced at the same time and in the same place as the events which they record.

Those undertaking the actual conversion or those carrying out the actual "record transaction", e.g. data input, data managers, etc. may not be alive or locutable when the time comes to give evidence in Court. Courts generally prefer testimony from individuals having direct personal knowledge of the transaction. In addition, what is considered a "transaction" can involve several people, i.e. the programmer who developed the applications software, the company who manufactured the hardware (and operating system), the data entry person (responding to a telephone call), the data manager, the manager of the EDP centre, etc.

To remain competitive businesses have no choice but to adapt to the use of computers as quickly as possible. This is just as true for the large multinational company with its huge mainframes as the small businessman with his microcomputer. Economic pressures leave no other choice. Even individuals are starting to use microcomputers to keep track of daily household activities, expenses and correspondence. (A 5 or 10 megabyte Winchester disk drive can store most of one's personal records for a year or two.)

actuelle du projet de loi S-33 risque de poser certains problèmes devant les tribunaux de droit civil.

En ce qui a trait aux aspects techniques du domaine de l'informatique, l'AGAGD se rallie à la position de l'Association canadienne de l'informatique, qui a formulé certaines recommandations, particulièrement en ce qui a trait au paragraphe 171(1), à l'article 30 et à la question du «cours normal des affaires».

Néanmoins, l'AGAGD croit fermement que le projet de loi S-33 devrait prévoir l'établissement de critères prescrivant la recevabilité de diverses formes de «données enregistrées.» Nos considérations sur ce point sont d'ordre essentiellement pratique.

Dans un certain nombre de domaines, le recours aux nouvelles technologies est irréversible, c'est-à-dire qu'il serait désormais impossible de poursuivre l'exploitation de ces secteurs s'il fallait en revenir aux documents sur papier. A chaque jour, les gestionnaires des documents sont confrontés aux questions adressées par la direction à l'égard de la conversion des systèmes sur support papier aux microformes, aux systèmes informatiques ou à une combinaison des deux. Ces systèmes exigent un investissement considérable et sont installés dans une perspective de cinq, dix ou même vingt ans; en d'autres termes, lorsque la décision est prise d'adopter ces systèmes, la plupart des changements à apporter ultérieurement se présentent sous la forme d'améliorations.

L'entrée de l'information ou la saisie des données et leur enregistrement peuvent avoir lieu simultanément en divers endroits, ce qui vient s'opposer au fait qu'en général, le secteur juridique préfère les documents produits simultanément en un même endroit, de la même façon que les événements qu'ils intéressent.

Ceux qui procèdent à la conversion comme telle ou qui effectuent directement la «transaction documentaire», à savoir notamment l'entrée et la gestion des données, ne seront peut-être plus parmi nous ou ne seront plus en mesure de s'exprimer lorsque le moment sera venu de présenter la preuve devant un tribunal. De façon générale, les tribunaux favorisent les témoignages provenant de personnes qui sont directement au courant de la transaction. Par ailleurs, ce qui est ici désigné par le terme «transaction» peut mettre en cause diverses personnes, à savoir le programmeur qui a conçu l'application du logiciel, la société responsable de la fabrication du matériel (et du système opérationnel), le préposé à l'entrée des données (par le biais d'une communication téléphonique), le gestionnaire des données, le gestionnaire du Centre d'informatique, etc.

Pour faire en sorte de soutenir la concurrence, les entreprises sont tenues de s'adapter le plus rapidement possible à l'utilisation des ordinateurs. Cela s'applique tout autant aux importantes sociétés multinationales équipées d'énormes unités centrales, qu'aux petites entreprises munies de micro-ordinateurs. Les pressions économiques ne laissent aucun autre choix. Même les particuliers commencent à faire l'acquisition de micro-ordinateurs, pour se tenir à jour dans leurs activités quotidiennes, leurs dépenses et leur correspondance. (Une unité de disque Winchester de 5 ou 10 millions d'octets peut stocker la plupart des registres personnels d'un particulier pendant un an ou deux.)

A conversion to a CRIKS whether by a large multinational, a small businessman or even an individual is usually a necessary and irreversible step. Guidance is needed as to what procedures must be followed to maximize the probability that the information so recorded will be admissible as evidence in Court.

To date, case law or jurisprudence provides a confusing and conflicting picture. Bill S-33 in its present form does not give assurance that this will change.

If it is not possible to codify admissibility criteria in Bill S-33, at the minimum Bill S-33 should allow for regulations which would give the government, in consultation with all parties concerned, the power to enact regulations which would set the standards and procedures to be followed for ensuring the admissibility of various kinds of "recorded information".

Bill S-33 as it stands does not provide clear guidelines as to what actions records managers should take or what procedures they should follow to ensure that the output from their CRIKS will be admissible as evidence in Court.

From a practical perspective, we strongly urge the Committee to consider inclusion in Bill S-33, if necessary through the regulatory powers, (which can be adapted to changing technologies) a set of conditions precedent to admissibility of micrographic and computer generated records.

What is urgently needed are criteria or acceptable procedures which would ensure admissibility of recorded information in court. Hopefully, data integrity of companies would be verified as part of audit procedures. As a matter of fact, regulations on data integrity (i.e. admissibility as evidence) should eventually form part of established audit procedures. Also for financial audit and reporting purposes, information stored in CRIKS should be just as acceptable as paper reports. The time is not that far off, that the information assets (and data integrity) of a company will be audited in the same manner as its physical and financial assets.

Members of ARMA are quite willing to assist the federal government, in cooperation with other associations, in establishing criteria which would have to be met precedent to the admissibility of computer-generated and micrographic records.

D. ADMISSIBILITY OF RECORDS "CREATED" FROM COMPUTER DATA AT THE SAME TIME OF LITIGATION

In response to litigation, it will often be necessary to generate a business record from data containing in a computer system in logically-connected but physically separated files in order to produce a visual, readable document or printout. Such paper records are thus not made in the usual and ordinary course of business but rather are reproductions or creations of

La conversion au système CRIKS; que ce soit au niveau d'une importante société multinationale, d'une petite entreprise ou même d'un particulier, représente généralement une étape nécessaire et irréversible. Il est primordial que le gouvernement se fasse conseiller sur les méthodes à adopter en vue de maximiser la probabilité que l'information consignée de cette façon devienne recevable comme preuve devant un tribunal.

Jusqu'à présent, le droit statutaire ou la jurisprudence nous brosse un tableau assez confus et contradictoire. Le projet de loi S-33, sous sa forme actuelle, ne laisse présager d'aucun changement sur ce plan.

S'il se révélait impossible de codifier les critères de recevabilité par le biais du projet de loi S-33, ce projet de loi devrait tout au moins permettre l'établissement de règlements qui habiliteraient le gouvernement, en consultation avec toutes les parties en cause, à établir des normes et procédures relatives à la recevabilité de diverses formes de «données enregistrées».

À l'heure actuelle, le projet de loi S-33 ne fournit aucune ligne directrice précise quant aux mesures recommandées aux gestionnaires des documents ni aux procédures à suivre pour faire en sorte que les données produites par le biais des systèmes CRIKS soient recevables comme preuve devant le tribunal.

Du point de vue pratique, nous enjoignons le Comité de considérer l'inclusion, dans le projet de loi S-33, le cas échéant par le biais des pouvoirs de réglementation qui peuvent être adaptés aux technologies évolutives, un ensemble de conditions préalables à la recevabilité de documents micrographiques et informatisés.

Nous avons un besoin urgent de critères ou de procédures normatives qui serviraient à garantir la recevabilité des documents informatisés devant les tribunaux. Il est à espérer que l'intégrité des données fournies par les sociétés pourrait être établie par le biais des procédures de vérification. En fait, les procédures officielles de vérification devraient, dans un avenir rapproché, comporter certaines règles sur l'intégrité des données (c'est-à-dire leur recevabilité comme preuve). En outre, toujours à des fins de vérification financière et de rapport, des données stockées dans les systèmes CRIKS devraient être reçues au même titre que les rapports produits sur support papier. Il est probable que d'ici peu, les biens informatiques (et l'intégrité des données) d'une société seront vérifiés de la même façon que les avoirs physiques et financiers de cette dernière.

Les membres de l'AGGD sont disposés à aider le gouvernement fédéral, en collaboration avec d'autres associations, dans la formulation de critères qui serait établis comme condition préalable à la recevabilité des documents informatisés et micrographiques.

D. RECEVABILITÉ DES DOCUMENTS INFORMATISÉS PRODUITS AU MOMENT MÊME D'UN LITIGE

Comme solution à un litige, il se révélera souvent nécessaire de produire un document professionnel à partir de données versées à un système informatique et stockées dans un fichier logiquement relié mais physiquement séparé, de manière à produire un document ou un imprimé qui soit lisible. Ce genre de document n'est généralement pas produit dans le cours

the "recorded information" i.e. data elements, under the control of business at a certain point in time.

By definition, a business record means a record made in the usual and ordinary course of business (*Section 159*) while under *Section 1* a record includes the whole or any part of a tape or other things by means of which data is stored, i.e. a physical record. Advances in computer/communication technologies, have rendered obsolete the traditional concept of a "record", as a unique entity fixed in time and place created at or near the time of the event which is recorded. In CRIKS a record is really analogous to a file folder in which bits of information or data are entered and deleted as the record is being kept up to date. In addition, these bits of data or data elements can and are utilized by several operational areas at once.

i.e. a change of address of a person if entered on a CRIKS will automatically change the employment record, the payroll record, the UIC record, the pension plan record, etc.

These "records" are logical records composed of different combinations of data elements.

Secondly, while "records" are *made* from data bases in the usual and ordinary course of business, these tend to be more and more in the form of daily, weekly or monthly reports on the records. Increasingly, "records" are being created on an "as needed basis" by querying the data base.

Consequently, while the data or information may exist the "record" as such, or as an object of dispute, does not exist until such a time that the "record" (i.e. any combination of data elements) is needed. In addition, the introduction of distributed data processing and distributed data bases has led to situations where parts of a "record" are scattered among several linked computer installations. Thus, an action by a person in one place may change a record or data element in a data base elsewhere. The elements of uniqueness of records frozen in time and in place which apply to physical or hard copy records thus have little or no relevance to CRIKS.

Parliament has already recognized this fact with respect to the records of the federal government by stating such in a legal principle found in *Section 4(3)* of *Bill C-43* which reads,

"For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine-readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government shall be deemed to be a record under the control of the government institution".

normal des affaires, mais consiste plutôt à une reproduction ou une création des «données enregistrées» c'est-à-dire des éléments d'information en possession d'une entreprise à un moment donné.

Par définition, «document professionnel» s'entend d'un document établi dans le cours normal d'une activité (*article 152*), tandis qu'à l'*article 1*, le terme «document» comprend le tout ou la partie d'une bande magnétique ou d'un autre objet comportant des éléments d'information, c'est-à-dire un document matériel. Les progrès réalisés dans le domaine de la technologie de l'informatique et des communications ont rendu périmée la notion traditionnelle de «document», qui était antérieurement défini comme une entité déterminée dans le temps et l'espace et créée au moment même de l'événement qu'il décrit, ou peu après. Dans les systèmes CRIKS, un document est, à toute fin utile, analogue à un dossier dans lequel des éléments d'information sont entrés ou duquel ils sont supprimés, au fur et à mesure du processus de mise à jour. En outre, ces éléments d'information peuvent être et sont utilisés simultanément dans divers secteurs opérationnels;

par exemple, un changement d'adresse versé au CRIKS permettra de modifier automatiquement le dossier de l'employé, le registre de paye, les dossiers d'assurance-chômage et de fonds de pension, etc.

Ces «registres» sont en réalité des documents logiques composés de diverses combinaisons d'éléments d'information.

Bien que les «registres» soient *créés* à partir de banques de données, dans le cours normal des affaires, ils sont de plus en plus présentés sous la forme de rapports quotidiens, hebdomadaires ou mensuels des registres. La tendance, à l'heure actuelle, consiste à consulter les «registres» en interrogeant au besoin, la banque de données.

Par conséquent, bien que les données ou l'information existent, les «registres» comme tels, ou comme objet de litige, n'existent qu'à partir du moment où le «document» (c'est-à-dire toute combinaison d'éléments d'information) est exigé. Par ailleurs, la récente décentralisation du traitement ou des banques de données a donné lieu à certaines situations où des parties de «document» se retrouvent réparties entre plusieurs ordinateurs reliés. Une opération effectuée par une personne en un endroit donné peut donc modifier un document ou un élément d'information dans une autre banque de données. Le caractère unique des documents figés dans le temps et dans l'espace, qui s'applique aux documents matériels ou présentés sur support papier, perd donc toute opportunité dans l'optique des systèmes CRIKS.

Le Parlement a déjà reconnu cette caractéristique pour ce qui est des documents de l'administration fédérale à l'*article* du projet de loi C-43 qui se lit ainsi:

«Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le

For the purposes of the Evidence Act, the principle laid down here is "If it is possible to create a record which does not currently exist but can be created from a data base managed and maintained in the ordinary and usual course of business such records should qualify as evidence in Court."

In addition, if it is possible to recreate the state of the data base or record at the time in question, e.g. the status of the personnel record or bank account as it was two or three years ago, such records should be admissible in court if that certain criteria are met. In this the criteria developed to ensure data integrity will form one of the keys.

The Bill S-33 as currently drafted does not itself, or via regulatory authority address these questions. However, we anticipate that during the next few years most machine-readable or electronically stored information will be created, maintained and disposed of in this manner.

Unless the new Evidence Act addresses these realities, records managers (and the organizations they represent) will continue to be faced with the same dilemma as today whereby for operational purposes of efficiency and cost-effectiveness, CRIKS are used. However, "just to be safe" one must continue the very costly practice of creating and maintaining literally tons of printouts or thousands of records on microform in case such records be needed as evidence in court. In fact, competitive business pressures are forcing the use of risk analysis to weigh the cost of storing information against the potential loss in unsuccessful litigation should admissibility be a potential problem. Surely business can expect more from the legal system.

III. RECOMMENDATIONS

A. UNIFORM DEFINITION OF "RECORD" IN FEDERAL LEGISLATION

The federal government should adopt one uniform definition of "record" or if this is not possible, at the least ensure that all definitions of "records" in federal statutes are in harmony with each other and do address the reality of computer/communication/micro-image technologies.

Such a definition of "record" should embody the legal concepts set forth in other federal legislation such as,

1. Access to Information and Privacy Acts (Bill C-43) where "record" is defined in Section 2. It both defines a record as basically "recorded information" regardless of storage media and introduces the concept of "under the control of". This relates to date integrity. (On this see further recommendation 2 below).

Section 4(3) of Bill C-43 which introduces a new legal concept to machine-readable records by stating that "a

logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.»

Pour la Loi sur la preuve, le principe énoncé ici est le suivant: s'il est possible de créer, à partir d'une base de données gérée et tenue à jour de la façon habituelle, un document qui n'existe pas encore, ce document est admissible en preuve devant le tribunal.

En outre, s'il est également possible de recréer la base de données ou le document dans le même état qu'il était à la date en question, par exemple un dossier personnel ou un compte bancaire tel qu'il était il y a deux ou trois ans, ce document est recevable comme preuve devant le tribunal à condition que certains critères soient respectés. A cet égard, les critères qui seront élaborés pour assurer l'intégrité des données constitueront l'un des facteurs fondamentaux de la preuve.

Dans sa formulation actuelle, le projet de loi S-33 ne règle pas ces questions par lui-même ni par l'entremise d'un pouvoir réglementaire. Toutefois, nous prévoyons que d'ici quelques années, la plupart des documents informatisés seront produits, mis à jour et éliminés de cette façon.

Si la nouvelle loi sur la preuve ne tient pas compte de ces réalités, les dépositaires de documents (et les organismes qu'ils représentent) continueront de se trouver devant le même dilemme qu'aujourd'hui puisque l'on aura de plus en plus recours à l'archivage informatisé pour des raisons d'efficacité et d'économie. Toutefois, pour éviter tout risque, il faut poursuivre la pratique très coûteuse de créer et de tenir à jour littéralement des tonnes d'imprimés et des milliers de micro-formules au cas où ces documents seraient nécessaires comme pièces à conviction devant un tribunal. En fait, la concurrence commerciale impose le recours à l'analyse des risques pour pondérer le coût du stockage de l'information contre les pertes éventuelles en cas de perte d'un procès pour des raisons d'irrecevabilité de la preuve. Pourtant, les entreprises pourraient s'attendre à obtenir plus d'équité du système juridique.

III. RECOMMENDATIONS

A. DÉFINITION UNIFORME DU TERME «DOCUMENT» DANS LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

Le gouvernement fédéral devrait adopter une définition uniforme du mot «document» ou, si cela est impossible, du moins s'assurer que toutes les définitions de ce terme dans les lois fédérales concordent les unes avec les autres et tiennent bien compte des techniques modernes de communication et d'informatique.

Cette définition du terme «document» devrait intégrer les principes juridiques énoncés dans d'autres lois fédérales, tels:

1. La Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels (projet de loi C-43), où le mot «document» est défini à l'article 2. Ce projet de loi définit un document comme étant fondamentalement "enregistré" peu importe la forme ou le support, et introduit une notion de dépendance à l'égard d'une institution fédérale, ce qui garantit l'intégrité des données (voir à cet égard la recommandation 2 plus bas).

L'article 4 du projet de loi C-43 qui introduit une nouvelle notion juridique applicable aux documents informatisés en

record which does not exist but can be created . . . is to be considered a record for the purposes of this Act."

2. The Bank Act where Section 157 allows one to change "recorded information" form one from to another with the Act being equally applicable.

3. Ensuring that the definition of "record" under Bill S-33 is in harmony with proposed changes to the Criminal Code pertaining to computer data or records abuse.

4. Ensuring that proposed changes to the Copyright Act (not yet made public) addressing the new technologies and a "recording" of an original set of data or information in whatever form is compatible with S-33.

5. To include in the definition of record "sets of instructions" to ensure the inclusion of software in whatever form.

B. NEED FOR CODES, STANDARDS OR SETS OF GUIDELINES GOVERNING THE PRACTICAL ASPECTS OF ADMISSIBILITY OF RECORDS AS EVIDENCE

The federal government should amend Bill S-33 either directly or via regulatory powers to allow for the establishment of criteria whereby the output of various types of CRIKS would be admissible (or have a high probability of admissibility) as evidence in Court.

In particular such data integrity criteria might include the following conditions.

1. Proof of the sources of the information recorded in the data bases upon which the printout a microform is based;

2. Proof that the information in the data base was recorded, in some fashion, contemporaneously with, or within a reasonable time after the events to which such information relates, but contemporaneous recording within the data base itself would not be required;

3. Proof that the data upon printout is based is of a type regularly supplied to the computer during the regular activities of the organization or person from which the printout comes;

4. That the information upon which the statement in the printout are based, would in itself be admissible as evidence supporting those statements; (or that the data upon which the printout is based does not violate the other rules of evidence);

5. Proof that the entries into the data base upon which the print-out is based were in the regular course of business;

6. Proof that the input procedures in adding to the data base conform to standard practices in the industry;

stipulant que «pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels . . .»

2. La Loi sur les banques, où l'article 157 permet le changement du mode de stockage des diverses données.

3. S'assurer que la définition de «document» prévue au projet de loi S-33 concorde avec les modifications prévues au Code criminel concernant les délits informatiques.

S'assurer que les modifications proposées à la Loi sur le droit d'auteur (non encore rendues publiques) relativement aux nouvelles techniques et à l'«enregistrement» d'un ensemble original de données ou de renseignements sous quelque forme que ce soit soient compatibles avec le projet de loi S-33.

5. Ajouter à la définition du terme «document» les mots «ensembles d'instructions» pour assurer l'inclusion de logiciels sous quelque forme que ce soit.

B. CODES, NORMES OU LIGNES DIRECTRICES RÉGISSANT LES ASPECTS PRATIQUES DE LA RECEVABILITÉ DE DOCUMENTS COMME PREUVE

Le gouvernement fédéral devrait modifier le bill S-33 en procédant directement ou par l'entremise de ses pouvoirs réglementaires de façon à permettre l'établissement de critères grâce auxquels la production des divers types de documents informatisés serait (très probablement) recevable comme preuve devant les tribunaux.

En particulier, ces critères relatifs à l'intégrité des données devraient comprendre les conditions suivantes:

1. La preuve de l'authenticité des sources des renseignements enregistrés de la base de données à partir de laquelle une microformule est imprimée;

2. La preuve que les renseignements contenus dans la base de données ont été enregistrés en même temps que les événements auxquels se rapportent ces renseignements ou après un délai raisonnable, sans que l'enregistrement pour les fins de la base de données elle-même ait nécessairement été effectué en même temps;

3. La preuve que les imprimés sont du même type que ceux qui sont habituellement utilisés pour les activités ordinaires de l'organisme ou de la personne dont ils émanent;

4. Que les renseignements figurant sur l'imprimé sont eux-mêmes recevables comme preuve (ou que les données figurant sur l'imprimé respectent les autres règles de la preuve);

5. La preuve que les renseignements faisant partie de la base de données à partir de laquelle l'imprimé est produit étaient obtenus dans le cours des activités habituelles;

6. La preuve que les modalités d'intégration des données à la base de données sont conformes aux pratiques habituelles du secteur de l'informatique;

7. Proof that there has been reliance upon the data base in making a business decision(s);

8. Proof that the computer program(s) in producing the printout, reliably and accurately processes the data in the data base;

9. Proof that from the time of the input of the data into the data base upon which the printout is based, until the time of the production of the printout, records have been kept by a responsible person in charge of the computer, and that all alterations to the mechanism and processes of the computer during that period were made under the authority of a responsible person; and,

10. Proof of the security features used to guarantee the integrity of the total record-keeping system upon which the printout is based, and of the effectiveness of such features.

Further, in determining whether the security features of a computerized record-keeping system are sufficient to justify the admissibility of its printouts, a judge and/or jury should have regard to the following criteria for security:

1. Protection against unauthorized access to data and to permanent records;

2. Process for the verification of integrity of data and of statements in records; and,

3. The existence of back-up copies of records for purposes of verification or replacement of falsified, lost or destroyed permanent and temporary records.

In determining whether the security features of a computerized record-keeping system are sufficient to justify the admissibility of the printout tendered, a judge and/or jury should have regard to the degree of security appropriate for records of the type upon which the printout is based.

The purpose of this recommendation is to ensure,

1. that the onus of demonstrating the reliability of the CRIKS which produced the computer printouts tendered as evidence, is shifted onto the proponent of their admissibility, (thus preventing an onus of adducing evidence of unreliability being placed upon the opponent of admissibility merely because the proponent has established a *prima facie* case that the printouts were created in the usual and ordinary course of business, which is the case under the present rules);

2. to establish criteria which are compatible with CRIKS and to replace those of the present statutory and common-law business-document exceptions to the hearsay rule which are not compatible with CRIKS; and,

3. to establish the criteria of admissibility for computer printouts in a legal instrument such as a statute, so as to "occupy the field", thus preventing the case-law developing conflicting admissibility criteria or developing criteria in a slow fragmented fashion.

The question of data or information integrity is potentially more problematic in computer than in manual systems. A few

7. La preuve que les décisions commerciales ont été fondées sur les renseignements contenus dans la base de données;

8. La preuve que le ou les programmes d'ordinateur produisent les imprimés et traitent les données de la base de données avec exactitude et fidélité;

9. La preuve qu'à partir du moment d'entrée des données dans la base de données à partir de laquelle l'imprimé est produit, jusqu'au moment de la production de l'imprimé, les documents ont été conservés par une personne responsable chargée de l'ordinateur, et que toutes les modifications apportées aux mécanismes et aux procédés de l'ordinateur durant cette période ont été faites sous l'autorité d'une personne responsable;

10. Enfin, la preuve que les dispositifs de sécurité ont servi à assurer l'intégrité de l'ensemble du système d'archivage et qu'ils sont efficaces.

En outre, pour déterminer dans quelle mesure les dispositifs de sécurité d'un système d'archivage informatisé sont suffisamment efficaces pour justifier la recevabilité des imprimés, un juge ou un jury devraient avoir un droit de regard sur les critères suivants de sécurité:

1. La protection contre l'accès non autorisé aux données et aux documents permanents.

2. Les procédés de vérification de l'intégrité des données et des renseignements contenus dans les documents archivés.

3. Enfin, l'existence de doubles des documents aux fins de vérification ou de remplacement des documents permanents ou temporaires falsifiés, perdus ou détruits.

En déterminant dans quelle mesure les dispositifs de sécurité d'un système d'archivage informatisé sont suffisamment efficaces pour justifier la recevabilité d'un imprimé, un juge ou un jury devraient avoir un droit de regard sur le niveau de sécurité approprié aux documents à partir desquels ces imprimés sont produits.

Cette recommandation a pour objet:

1. D'assurer que le fardeau de la preuve en ce qui concerne la démonstration de la fiabilité du système d'archivage informatisé qui a produit les imprimés d'ordinateur soumis en preuve soit transféré sur celui qui propose leur recevabilité (ce qui empêche de placer sur l'opposant à la recevabilité le fardeau de produire la preuve de la non-recevabilité simplement parce qu'il a établi une présomption que les imprimés étaient produits dans le cadre habituel des affaires, ce qui est le cas sous les règles actuelles);

2. D'établir les critères compatibles avec les systèmes d'archivage informatisés et de remplacer les exceptions à la règle du *oui-dire* qui ne sont pas compatibles avec ces systèmes, parmi les documents d'affaires actuels prévus par la loi ou attestés par la coutume; et,

3. D'établir les critères de recevabilité des imprimés d'ordinateur en tant qu'instruments légaux comme les lois, de façon à «occuper le terrain» et à empêcher qu'une jurisprudence conflictuelle se développe sur les critères de recevabilité, ou que s'élaborent des critères de façon lente et fragmentaire.

La question de l'intégrité des données ou des renseignements contenus dans les bases de données est potentiellement plus

computer commands can delete or modify digitized information while countless hours would be required to alter similar information if kept in hard copy in a manual system. Development of a set of criteria for trustworthiness of CRIKS is a natural and necessary adjunct to a new Evidence Act. From the side of business, there is a push for the development of comprehensive, effective and efficient information systems, properly documented and managed. Records created by such systems should warrant complete confidence a *prima facie* evidence. Records managers need to know from a practical day-to-day operational perspective what the basic criteria are that micrographic and computer-based record-keeping systems must meet (and records generated from such systems must have) in order to be admitted as evidence in court.

C. ADMISSIBILITY OF RECORDS "CREATED" FROM COMPUTER DATA AT TIME OF LITIGATION

In order to address present realities and definite future trends in computer-based records/information keeping systems, Bill S-33 should be amended to allow for admissibility of records not necessarily made in the usual and ordinary course of business but created with the view of submitting such as evidence being an accurate picture or record of a series of events that were recorded by some means at or near the time such events took place.

In short we recommend that the principle set forth in Section 4(3) of Bill C-43 also be included in S-33.

ARMA feels that this is a feasible and practical recommendation. It follows naturally from the two previous recommendations and is based on the assumption that such records created in this matter would be generated by CRIKS which meet the basic set of criteria called for in the previous section.

The adoption of the principle put forward in this recommendation in a revised Evidence Act should greatly heighten the assurance that Bill S-33 will not become outmoded within a year or two after enactment.

IV. CONCLUDING REMARKS

The Association of Records Managers and Administrators (ARMA) is pleased to have had this opportunity to present its views (albeit in draft form) on Bill S-33 to the Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

We do feel that the Evidence Act in its present form is in urgent need of revision. This urgency stems from the increasing difficulties we are facing in exercising our professional responsibilities as records managers in trying to reconcile the need for improvements in record keeping systems with uncertainties in admissibility as evidence.

The recommendations we propose are made from a practical point of view. We do need means whereby we can give some assurance that when manual record-keeping systems are being

problématiques dans les systèmes informatiques que dans les systèmes manuels. En effet, quelques commandes d'ordinateur peuvent supprimer ou modifier des renseignements numériques tandis qu'un nombre incalculable d'heures seraient nécessaires pour altérer des renseignements de même nature conservés sur papier dans un système manuel. Par conséquent, l'élaboration d'un ensemble de critères de fiabilité des systèmes d'archivage informatisés constitue une adjonction naturelle et nécessaire à la nouvelle loi sur la preuve. Du point de vue des relations commerciales, l'élaboration de systèmes d'information globaux, efficaces et bien faits, bien documentés et bien gérés, s'impose. Les documents ainsi créés doivent inspirer la confiance la plus complète à première vue. Les dépositaires de documents informatisés ont besoin de savoir quotidiennement quels sont les critères de base auxquels doivent satisfaire les systèmes d'archivage informatisés et micrographiques (et que les documents produits à partir de ces systèmes doivent avoir) pour être recevables comme preuve devant les tribunaux.

C. RECEVABILITÉ DES DOCUMENTS INFORMATISÉS AU MOMENT D'UN LITIGE

Si l'on veut tenir compte des réalités actuelles et déterminer les tendances futures dans les systèmes d'archivage informatisés, il faut modifier le bill S-33 de façon à permettre la recevabilité des documents qui ne sont pas nécessairement produits dans le cours naturel des affaires mais qui sont créés en vue d'être soumis comme preuve pour servir d'«images» ou de dossiers précis sur une série d'événements qui ont été enregistrés par quelque moyen en même temps ou peu de temps après que les événements ont eu lieu.

En résumé, nous recommandons que le principe énoncé à l'article 4 du projet de loi C-43 fasse également partie du projet de loi S-33.

L'Association estime que cette recommandation est réalisable et pratique. Elle découle naturellement des deux recommandations antérieures et se fonde sur l'hypothèse que les documents ainsi créés seront produits par des systèmes d'archivage informatisés qui satisferont à l'ensemble des critères fondamentaux proposés dans la partie précédente.

L'adoption du principe mis de l'avant dans cette recommandation dans une loi sur la preuve révisée garantira dans une grande mesure que le projet de loi S-33 ne sera pas désuet un an ou deux après sa promulgation.

IV. OBSERVATIONS

L'Association est heureuse d'avoir eu l'occasion de présenter son mémoire (même sous forme de projet) concernant le projet de loi S-33 au Comité sénatorial des questions juridiques et constitutionnelles.

Nous estimons en effet que sous sa forme actuelle, la Loi sur la preuve doit être révisée en raison des difficultés croissantes auxquelles nous faisons face dans l'exercice de nos responsabilités professionnelles en tant que gestionnaires d'archives lorsque nous essayons de concilier la nécessité d'améliorer les systèmes d'archivage et les incertitudes quant à leur recevabilité comme preuve.

Les recommandations que nous proposons partent d'un point de vue pratique. Nous devons nous donner des moyens qui nous permettront de nous assurer que lorsque les systèmes

converted to micrographic and computer-based systems the results have a reasonable chance of being admitted as evidence in court. On basic principles of equity, individuals should also be able to submit as evidence their computer-generated records. We need "record" to be defined in a uniform and technology independent fashion in all jurisdictions (federal, provincial, territorial). We need to know what the criteria are for admissibility of documents created by the new technologies. We need to have the law recognize the changed nature of record-keeping systems. Not only has their physical form changed but the logical constructs as well.

We are of course willing to provide whatever assistance we can and provide further elaboration if necessary of our views.

d'archivage manuels seront convertis en systèmes micrographiques et informatisés, leurs produits auront une chance raisonnable d'être acceptés comme preuve devant les tribunaux. En ce qui concerne les principes fondamentaux d'équité, les particuliers devraient également être en mesure de présenter comme preuve leurs propres documents informatisés. Il faut que le mot «document» soit défini de façon uniforme dans toutes les sphères de compétence (fédérale, provinciales, territoriales). Nous devons connaître les critères de recevabilité comme preuve des documents créés par les nouvelles techniques. Il faut que la loi reconnaisse la nouvelle nature des systèmes d'archivage, car non seulement leur forme physique s'est modifiée mais aussi leur logique de construction.

Nous sommes évidemment à votre disposition pour vous prêter main-forte ou vous expliquer notre point de vue de façon plus approfondie.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

WITNESSES—TÉMOINS

From the Association of Records Managers and Administrators:

Mr. Jake Knoppers;
Mr. Ron Taylor;
Mr. Mark Hopkins.

De l'Association des gérants et administrateurs en gestion des documents:

M. Jake Knoppers;
M. Ron Taylor;
M. Mark Hopkins.

JUN 10 1987

